BRENNO BRENNI

L'ONERE SUCCESSORIO NEL DIRITTO CIVILE SVIZZERO

TESI DI LAUREA

PRESENTATA ALLA FACOLTÀ GIURIDICA DELL'UNIVERSITÀ DI BERNA PER IL CONSEGUIMENTO DEL TITOLO DI DOTTORE IN DIRITTO

(RELATORE: PROF. DOTT. P. TUOR)

1941

ISTITUTO EDITORIALE TICINESE - BELLINZONA-LUGANO

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547622_0055

L'ONERE SUCCESSORIO NEL DIRITTO CIVILE SVIZZERO

BRENNO BRENNI
di SALORINO (Mendrisio)

L'onere successorio nel diritto civile svizzero

TESI DI LAUREA
presentata alla Facoltà di Diritto
dell'Università di Berna, per il
conseguimento del titolo di
Dottore in diritto.
Relatore: Prof. Dott. P. Tuor.

ISTITUTO EDITORIALE TICINESE - BELLINZONA - 1941

P R O P R I E T À R I S E R V A T A

La facoltà di diritto dell' Università di Berna ha accettato questo lavoro il 2 giugno 1938 quale dissertazione senza però voler entrare nel merito delle considerazioni ivi esposte.

Ai miei amati Genitori.

PREFAZIONE

Lo scopo di questa nostra tesi di laurea, eminentemente dottrinale, è quello di chiarificare e determinare l' istituto dell'onere successorio così complesso nella sua essenza, ma così poco studiato e regolato nella letteratura del diritto civile svizzero.

La causa vera della mancanza di studi sull'onere è da ricercare, a nostro parere, nello stesso codice civile. Chi infatti, esaminando con attenzione l'opera giuridica di Eugenio Huber e non è affatto digiuno nella scienza del diritto, si pone a valutare l'armonia dell'assieme e l'equilibrio delle diverse parti, arriva sicuramente alla constatazione che i differenti istituti del diritto vi sono regolati con ampiezza disuguale: infatti a certuni vien annessa un' importanza tale da soverchiare quella di altri istituti. Si comprende d'altra parte, che alcuni istituti, che sono alla base stessa della scienza del diritto e ai quali si riallacciano tutti gli altri, più o meno direttamente, abbiano avuto una regolamentazione vasta, minuziosa e completa. Meno si comprende invece che altri istituti i quali, più che fonti di diritto, rappresentano le forme e le vie per le quali i diritti si manifestano, abbiano nel nostro codice una regolamentazione altrettanto vasta e minuziosa.

Vi sono poi altri istituti di innegabile importanza teorica e pratica, studiati dettagliatamente da legislazioni contemporanee con accortezza di pensiero e lucidità di analisi, che il CCS. presenta con poche frasi schematiche e con tale sobrietà da richiamare instintivamente al consultatore l'aiuto, anzi il bisogno del commentario il quale in forma più adeguata, più completa e più precisa, chiarisca il pensiero del legislatore e ne colmi le numerose lacune.

Tra questi istituti si trova senza dubbio quello dell'onere, il quale è contemplato, con tre corti capoversi, in un solo articolo (482). Da ciò ne deriva la difficoltà di fissare una regolamentazione precisa di questo istituto; da ciò l' applicazione per analogia di principî di altri istituti analoghi all'onere; da ciò anche la necessità di ricorrere ai principî fissati per l' istituto dell'onere contemplati in legislazioni straniere (specialmente in quella del Codice civile tedesco, nella quale l'onere trova la sua regolamentazione in numerosi articoli). Già Rümelin nel suo trattato: «Der Vorentwurf zu

einem schweizerischen Zivilgesetzbuch », apparso nel 1901, si esprimeva nel modo seguente a proposito dell'onere del progetto: « Entschieden zu wünschen wäre es endlich, dass irgend welche Klärung des Auflagerechtes herbeigeführt würde... Hier zeigt sich, dass der Begriff der Auflage im Entwurf nirgends fixiert ist ». E più oltre egli dice: « Was ist die Auflage aber dann? Wie wird ihre Erfüllung erzwungen? Wer ist klageberechtigt?». Da queste osservazioni e domande risulta chiaramente la difficoltà della trattazione di un simile tema: ma se ciò nonostante il nostro modesto scopo fosse stato raggiunto, doppiamente ne saremmo contenti.

Circa la struttura del lavoro, possiamo dire che nell' introduzione storica abbiamo voluto portare i principi valevoli per l'onere nelle legislazioni romana e comune, le quali formano ancora la sostanza delle nostre leggi e sono la fonte sempre viva del diritto europeo moderno; inoltre abbiamo voluto fare alcuni accenni alla regolamentazione dell'onere nei diritti dei paesi a noi confinanti. In una prima parte poi abbiamo voluto paragonare l'onere con istituti giuridici analoghi per poterne quindi trarre le differenze correnti tra esso e questi istituti: abbiamo cioè preparato e individuato il concetto di onere per poi meglio studiarne la formazione e il contenuto in una seconda parte, e vedere da ultimo gli effetti di esso in una terza parte.

Il nostro tentativo è risultato nel suo assieme un'opera prevalentemente teorica: a taluni forse le soluzioni di giurisprudenza che vi sono contenute potranno sembrar scarse di numero e impari all' importanza e all'ampiezza delle trattazioni dottrinali: invochiamo a nostro sgravio la mancanza quasi assoluta di giurisprudenza federale in materia, a cui abbiamo dovuto supplire intercalando parecchie soluzioni della giurisprudenza tedesca e italiana. Quanto all'esposizione della materia, abbiamo talora sacrificato alla chiarezza l'uso di termini rigidamente scientifici.

Da ultimo vogliamo porgere una parola di ringraziamento devoto al chiarissimo Prof. Tuor, ordinario di diritto romano alla Università di Berna, che, spronandoci alla trattazione di questo tema, ci è stato di guida preziosa e benevole, e all'egregio Sig. Gottardo Madonna, lettore dell'Università di Berna, per i suoi aiuti e consigli graditi.

Bellinzona, ottobre 1940.

I N D I C E

pag.

Bibliografia 11

Introduzione 15

L'ONERE NEI VARI DIRITTI ESTERI

§ 1. Nel diritto romano 17

§ 2. Nel diritto comune 22

§ 3. In alcuni diritti europei 24

A) Nel diritto tedesco 24

B) Nel diritto austriaco 26

C) Nel diritto francese 28

D) Nel diritto italiano 30

PARTE I.

CONCETTO E DELIMITAZIONE DELL'ONERE NEL DIRITTO CIVILE SVIZZERO

§ 4. Le disposizioni a causa di morte 34

§ 5. Concetto di onere successorio 37

§ 6. Condizione e onere 41

A) Concetto di condizione 41

B) Differenza tra onere e condizione 43

§ 7. Onere e desiderio o consiglio 47

§ 8. Onere e mandato 48

§ 9. Onere e fondazione 50

§ 10. Onere e legato 53

PARTE II.

FORMAZIONE E CONTENUTO DELL'ONERE SUCCESSORIO

pag.

§ 11. Formazione dell'onere 57

§ 12. Contenuto dell'onere 61

§ 13. Persone agenti 65

§ 14. Oneri immorali e illeciti 70

§ 15. Oneri impossibili 77

§ 16. Oneri vessatori per terzi ed insensati 79

§ 17. Il divieto di dividere un'eredità può essere considerato come un onere successorio giuridicamente lecito ? 82

PARTE III.

EFFETTI DELL'ONERE SUCCESSORIO

§ 18. Adempimento dell'onere 85

A) Punto di vista del CCS. 85

B) Azione d'adempimento 86

§ 19. Persone aventi il diritto d'azione 88

§ 20. Natura giuridica dell'azione 92

§ 21. Scadenza dell'azione 96

§ 22. Azione di riduzione di oneri oberati e gravamento della porzione legittima 99

§ 23. Azione di restituzione della persona gravata da un onere 104

Appendice :

§ 24. L'onere nella donazione del CO. 107

A) Concetto di onere donatorio 107

B) Adempimento di detto onere 109

BIBLIOGRAFIA

Beeg : Die Auflage nach gemeinem bürgerlichen Recht. Diss. Greifswald 1903.

Beseler : Die Lehre von den Erbverträgen. Göttingen 1840.

Berthomieu Louis : Du legs avec charge et de son application aux oeuvres d'interêt public. Thèse droit Montpellier.

Cosack : Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes. Jena 1901.

Crome Karl : Die partiarische Rechtsgeschäfte. Freiburg 1897.

Delattre Louis : Des effets des charges apposées aux liberalités entre vifs et testamentaires. Thèse de droit Lille 1897.

Dernburg : Pandekten. Berlin 1901.

Enneccerus : Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin. Marburg 1889.

Feigel August : Die Auflage nach B. G. B. Diss. Erlangen 1898.

Hitzig : Die Rechtstellung des Erben. Zürich 1906.

Hellwig : Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Kaiser Hermann : Die erbrechtliche Auflage u. ihre Aufwertung. Diss. Frankfurt 1928.

Kliebert Hans : Die Auflage : eine dogmatische Studie. Diss. Würzburg 1907.

Krayenbühl Jean : Etude sur le legs precedé d'un aperçu sur l'institution d'heritier, la substitution fideicommissaire et la charge d'après le code civil suisse. Diss. Lausanne 1916.

Lampert : Die kirchlichen Stiftungen. Zürich 1912.

Moser Walter : Uber die Abgrenzungen der Rechsgeschäfte von Todes wegen von den Rechtsgeschäften unter Lebenden. Diss. Bern 1926.

Pacchioni : Corso di diritto romano, vol. II. Innsbruck 1905.

Pernice : Labeo. Vol. I, III. Halle 1873, 1892.

Riva Alfonso : Del legato, persone, specie, modalità e regole interpretative. Diss. Losanna 1925.

Rossel et Mentha : Manuel du droit civil suisse. Tome II.

Rümelin M. : Der Vorentwurf zu einem Z. G. B. Leipzig 1901.

Schiffner Ludwig : Die sog. gesetzlichen Vermächtnisse im österreichischem Recht. Leipzig 1895.

Schmid Hans : Die Schenkung nach. Z.G. B. Diss. Zürich 1909.

Schultze: Treuhänder im geltenden Recht, in Jehrings Jahrbuch f. die Dogmatik.

Scuto: Il modus nel diritto civile italiano. Roma 1909.

Stiefel I. Frieda: Die privatrechtliche Auflage, insbes. nach schweizerischem Rechte. Diss. Zürich 1933.

Suter II.: Die Nacherbschaft nach Z. G. E. Diss. Friborgo 1908.

Weiss: Sammlung eidg. u. kant. Entscheidigungen. II. vol. Zürich, 1928.

Unger J.: Das österreichisches Erbrecht. Leipzig 1879.

Winscheid: Lehrbuch der Pandekten. Frankfurt 1906.

Vital: Die Verfügungsfreiheit der Erblassers. Diss. Berna - Sammlung Gmür, Heft 61, 64.

Commentarii e riviste.

Curti-Forrer : Commentario del CCS tradotto da L. Colombi. Bellinzona 1908.

Escher : Das Erbrecht - Kommentar zum ZGB, vol. III, edizione II.

Tuor : Gmürs Kommentar zum ZGB : Das Erbrecht. vol. III.

Becker : Gmürs Kommentar zum ZGB : Das OR. Bern 1934.

v. Tuhr : Kommentar zum OR.

Staudinger : Kommentar zum BGB - vol. IV: Das Erbrecht. München 1928.

Oser : Kommentar zum OR, Zürich 1915.

Rivista svizzera di giurisprudenza.

Zeitschrift für schweizerisches Recht.

Blätter für zürcherische Rechtsprechung : neue Folge der Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen.

Decisioni del Tribunale Federale.

Entscheidungen des Reichsgerichtes.

Motivi del CCS di Eugenio Huber : Il diritto successorio - vol. II.

Progetto parziale : Motivi del diritto successorio.

Repertorio generale annuale della giurisprudenza italiana, Torino, annate 1895-1924.

Il Foro italiano. Raccolta generale di giurisprudenza civile, commerciale, penale e amministrativa. Roma, annate 1895-1924.

Abbreviazioni.

CCS = Codice civile svizzero.

CO = Codice federale delle obbligazioni.

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch.

ZGB = Zivilgesetzbuch.

OR = Obligationenrecht.

INTRODUZIONE

Il Codice Civile Svizzero contempla l'istituto dell'onere successorio in un unico e breve articolo assieme alla condizione successoria e istituisce in modo alquanto strano gli stessi identici principi sia per l'uno come per l'altro concetto.

Da questo ne consegue che una differenziazione dei due istituti si palesa come una cosa strettamente necessaria, non solo perchè ci sono rilevanti divari, in punti non toccati dall'articolo, fra il concetto di onere e di condizione, ma anche perchè nelle questioni quivi regolate una completa parificazione fra i due istituti giuridici è irrealizzabile. D'altra parte non bisognerà tralasciare, quando sarà possibile, di dare definizioni precise, anche allo scopo di delimitare il concetto di tale clausola posta in negozi giuridici in confronto di altre prescrizioni che si incontrano nelle disposizioni a causa di morte.

Il concetto di onere (incarico, aggravio) non è affatto sconosciuto nell'uso del linguaggio comune: si parla di oneri che vengono imposti a una persona, e si intendono con ciò obblighi di qualunque natura (e non solo giuridica) che questa persona riceve da un'altra. In questo significato di « onerare », cioè di caricare un peso su qualcuno o su qualche cosa, il concetto di onere è stato assunto anche nel diritto, e dapprima nel diritto pubblico. Oneri venivano chiamati i tributi dei sudditi allo Stato nel diritto romano; così si parla di oneri di imposte; nel diritto di polizia si trovano gli oneri imposti dall'autorità a un privato allo scopo di eseguire provvedimenti statali nell'interesse della salute pubblica. In tutti questi casi si tratta dunque della relazione tra lo Stato quale organo supremo e l'individuo soggetto ad esso.

Il diritto privato non conosce una simile relazione di subordinazione delle persone che entrano in considerazione. Perciò la legge ignora il concetto generale di onere e di « onerare » il quale concorda pure con quello di linguaggio comune; si parla però talvolta di un onere che, per esempio, vien imposto al locatario, quando nel contratto di locazione gli vien stabilito l'obbligo di pulire una parte

della strada; in questo caso l'uso dell'espressione lascia intravvedere un obbligo che di fronte al contenuto generale e regolare del contratto rappresenta un più, cioè un aggravio straordinario, cosicchè anche qui il significato puro di « onere » trova il suo risalto.

L'onere non è una creazione del diritto moderno, esso ha la sua origine, come molti altri istituti giuridici, nel diritto romano. Il diritto comune ha poi variato ulteriormente il concetto di onere, cosicchè, quando questo fu introdotto nel codice civile svizzero, si poteva presupporre il concetto come conosciuto.

Grazie al suo sviluppo storico, appare come necessaria quindi una corta trattazione storica dell'onere.

§ 1. Nel diritto romano.

Le prime traccie dell'onere si trovano già nella metà del II secolo dopo Cristo negli scritti dei giuristi romani classici.

Nelle fonti giuridiche romane il concetto di onere però manca di un « terminus technicus » unitario. Esso risulta maggiormente sotto forma di diversissime denominazioni. Il concetto di « modus », che si usava spesso in quella letteratura, non aveva il medesimo significato come lo ebbe più tardi nel diritto comune.

Il « modus » appare pure nella dottrina romana sotto un altro significato, per es. di motivo [1]), di numero [2]), di misura [3]) e anche di clausola in negozi giuridici onerosi. Pur tenendo presente il fatto che, negli scritti dei giuristi romani, vengono usate diverse denominazioni, come per es. « modus » [4]), lex [5]), condicio, iubere [6]) o come frase finale con ut, ne risulta il fatto che non si può parlare dell'onere del diritto romano come di un principio unitario; al contrario la presenza delle diverse denominazioni fa apparire che nelle fonti i casi singolari abbiano avuto una trattazione casuistica.

Sotto il significato di onere, il « modus » vien adoperato solo nella metà del III secolo dopo Cristo: lo troviamo inoltre citato nei tre seguenti titoli del Corpus iuris:

1) D 35,1 de condicionibus et demonstrationibus et causis et *modis* eorum, quae in testamento scribuntur.

2) C 6,45 de his quae sub modo legata seu fideicommissa relinquuntur.

3) C. 8,54 de donationibus, quae sub *modo* vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur ;

e anche nei seguenti due luoghi :

fr. 17 § 4 D. 35,1 ; fr. 3 § 6 D. 37,5.

Pernice [7]) ritiene che a causa dello spiccato tono didascalico e della maniera di scrivere di questi luoghi, la denominazione « modus » sia la più recente di tutte le denominazioni romane per l'onere. Pernice è perciò dell'opinione che il vocabolo « modus » sia stato creato dai Compilatori.

---

1) Fr. 93 de her. inst. 28.5; Pernice pag. 14.
2) 1.6 D. 44, 2.
3) Fr. 7 fin. reg. 10,1; Pernice pag. 13.
4) Windscheid, pag. 56 ss.
5) Pernice pag. 23.
6) Pernice pag. 24 ss.
7) Pernice, Labeo pag. 17 ss.

Lo sviluppo ulteriore del « modus », che si trova più tardi nel diritto giustinianeo, ebbe luogo sul terreno dell'amministrazione per il raggiungimento di scopi religiosi e di utilità comune; parleremo più avanti in disteso su questo tema.

L'onere appare nel diritto romano nei « negotia mortis causa » e nei « negotia inter vivos ». La trattazione giuridica delle due specie di oneri è, in parte, diversa. In quanto segue vogliamo discutere la prima specie di questi « negotia ».

Gli oneri dei « negotia mortis causa » venivano aggiunti, di regola, ai legati. Non si può invece stabilire con sicurezza che l'onere nel diritto romano poteva anche essere accluso ad una istituzione d'erede, poichè i luoghi, molto rari, che contengono un « modus » della istituzione d'erede, sono fortemente interpolati. Malgrado questo fatto, si è portati a ritenere che riguardo al luogo 1,8 § 7 D. 28,7 de cond. inst. [8]), che ha per contenuto una istituzione d'erede legata ad un modo, anche nel diritto romano era data la possibilità di imporre all'erede un « modus ».

Secondo l'oggetto, si possono dividere gli oneri del diritto romano in due gruppi: il gruppo degli oneri, che vengono creati a favore di un terzo qualificato e il gruppo di quelli che servono all'adempimento di scopi benefici o religiosi o di utilità comune (erezione di un monumento, o di un quadro divino, organizzazioni di giuochi, ecc.). La seconda specie di oneri è la maggiormente diffusa.

Anche se coll'andar degli anni, l'onere successorio fu sottoposto ad una diversa trattazione, esso era già da principio delimitato fortemente da altri concetti analoghi, cioè dalle disposizioni non obbliganti del testatore (come l'ammonizione, il consiglio, il desiderio, la raccomandazione) e dal concetto della condizione.

Il primo gruppo (i cosidetti « nuda praecepta » del testatore) entrava in considerazione quando questi non voleva fondare per il legatario alcun obbligo giuridico. Si introduceva inoltre un simile « nudum praeceptum » quando nessuno, nemmeno il testatore, aveva alcun interesse alla prestazione [9]). La differenza fra onere e condizione non sollevava nel diritto romano alcuna difficoltà, poichè questi due istituti erano individuati già da alcune esteriorità. La condizione era compresa in una frase condizionale, mentre l'onere in una frase finale con « ut » oppure esso presentavasi sotto le denominazioni di « iubere », « vetare » o di « modus ».

Savigny ha espresso la differenza tra condizione e onere in questa frase: « La condizione sospende ma non obbliga, il modus

8) Pernice ritiene che questo luogo sia interpolato.
9) V. Savigny, Vol. III, pag. 232.

invece obbliga, ma non sospende »[10]). Vedremo ora in ciò che seguirà quale portata pratica avesse nel diritto romano questa frase di Savigny, in altre parole cioè se esistevano mezzi legali mediante i quali si avesse potuto obbligare l'adempimento dell'onere, specialmente per mezzo di un'azione.

Come una grande imperfezione nel plasmare il concetto di « modus » nel diritto romano si deve chiamare il fatto che non era dato un amminicolo specifico per l'adempimento alla persona beneficata dal « modus », cosicchè il testatore non aveva alcuna garanzia che le sue disposizioni venissero adempiute. La ragione di questa mancanza risiede nel fatto che l'azione presupponeva incondizionatamente una « obligatio », mentre il « modus » doveva costituire una obbligazione unilaterale, alla quale non era contrapposto nessun soggetto autorizzato a pretendere la prestazione. L'adempimento del « modus » era quindi in un certo modo lasciato all'apprezzamento personale dell'onerato[11]).

Come un progresso molto grande si deve perciò chiamare il fatto che il pretore urbano decretò l'obbligatorietà del « modus ». In tal guisa veniva negato il diritto di eredità all'erede onerato da un « modus » che impedisse l'adempimento di questo.

Per quel che riguarda il legatario, si provvedeva in modo che il pretore non concedeva al gravato l'azione per il legato contenente un onere, mentre dava una « exceptio doli » al beneficato, fino a tanto che il legatario non avesse posto una « cautio », anche se si trattava di un « legatum per vindicationem » o « per damnationem ».

Questa procedura comincia all'inizio dell'età imperiale. Colui perciò che doveva consegnare il legato gravato da un onere, aveva il diritto di rifiutare la prestazione, fino a quando il legatario onerato non avesse posto una « cautio » per l'adempimento dell'onere. Si può così ritenere che il « modus » diventò una obbligazione vera e propria solo quando il legatario si fece un dovere di porre una garanzia[12]). Questi mezzi giuridici venivano applicati solo nel caso che l'onere era imposto dal testatore a favore di un terzo.

Molto più semplice era l'obbligo d'adempimento dell'onere quando c'era di mezzo un pubblico interesse, poichè in questo caso il pretore interveniva « extra ordinem ». Un interesse pubblico esisteva, per es., quando la prestazione era a favore di un tempio o di una località o di una organizzazione pubblica.

Regna una forte discordia[13]) fra gli scrittori sopra la questione concernente le conseguenze giuridiche che si verificavano nel diritto

10) Savigny, System..., vol. III, pag. 232.
11) Pernice, pag. 39.
12) Lammfromm, Pandekten, pag. 38.
13) Pernice, pag. 34 ss.; Lammfromm, pag. 96.

romano, quando il legatario onerato aveva il possesso del legato prima che egli avesse posto la « cautio ». Windscheid [14]), riferendosi a diversi luoghi dei digesti, ammette un diritto di restituzione del legato onerato quando però nella donazione del legato non era contenuta una formale rinuncia all'adempimento dell'onere.

L'opinione contraria e regnante nella letteratura è del parere che, quando il legatario possedesse già il legato gravato da un onere prima di prestar garanzia, non esistesse assolutamente alcun diritto di restituzione. Vi sono però eccezioni : così per es., secondo Savigny, c'è un diritto di restituzione quando il legatario abbia ricevuto casualmente il possesso del legato [15]). Lammfromm ammette il diritto di restituzione solo sotto il presupposto del « interdictum quod legatorum » [16]).

Giustiniano soppresse questo stato giuridico malsicuro, introducendo un'azione di restituzione del legato nel caso che il legatario non adempisse il « modus ». Sebbene al tempo dei giuristi romani classici fosse esclusa in modo assoluto l'azione d'adempimento del « modus », c'erano tuttavia alcune eccezioni. Ai sacerdoti si aveva conferito un diritto d'azione speciale nel caso che l'onere servisse a scopi religiosi. Parimenti i coeredi avevano il diritto di ottenere l'adempimento dell'onere con la « actio familiae erciscundae ». Nell'età imperiale, l'adempimento dell'onere ricevette una ulteriore sicurezza attraverso il decreto dell'imperatore Severo, il quale ordinò che si doveva procedere a misura dei fedecommessi, quando il contenuto dell'onere concerneva la liberazione di uno schiavo. Questo ordinamento venne in seguito esteso a tutti i casi nei quali l'onere era imposto a favore di un terzo [17]).

Tutti questi ausilii giuridici per l'adempimento dell'onere non offrivano tuttavia alcuna sicura garanzia a che l'onere fosse adempiuto secondo la volontà del testatore.

Molto più tardi perciò furono introdotti mezzi più efficaci per garantire l'adempimento dell'onere. Così il testatore poteva assicurare l'adempimento dell'onere da lui imposto, racchiudendo il « modus » in una « condicio » e cioè in maniera che egli faceva dipendere la istituzione dell'erede o il legato dall'adempimento della condizione. Questa specie di sicurezza era la più efficace poichè in quasi tutti i casi l'erede onerato voleva portare più volontieri l'aggravio, che perdere tutta l'eredità a lui riservata. Ma poichè l'inclu-

---

14) Windscheid, § 236, N. 2, pag. 113.

15) Savigny, vol. III, pag. 233.

16) Lammfromm, pag. 96.

17) Savigny vede in ciò un fedecommesso, a nostro parere, a torto. Probabilmente il testatore voleva con un simile ordine determinare un diritto d'adempimento dell'onere.

sione del « modus » in una condizione spesso andava al di là dello scopo del decreto di cui sopra, perdendo il « modus », in tal guisa la sua caratteristica speciale, si crearono negli ultimi tempi del diritto romano altri mezzi ancora per garantire l'adempimento dell'onere da lui imposto.

Come un simile mezzo di garanzia entra in considerazione la minaccia di una « multa », che il testatario o il legatario onerato doveva far pervenire ad una cassa pubblica nel caso che l'onere non venisse adempiuto, « multa » che poteva venir riscossa da questa ultima.

Infine il testatore aveva la possibilità di assicurare l'adempimento del « modus » con la prestazione di una promessa solenne da parte del testatario. Egli poteva far dipendere infatti il legato o la istituzione d'erede dalla prestazione di un giuramento dell'onerato. Questi doveva, in tal caso, promettere in forma di giuramento di adempiere l'onere, se non voleva perdere la disposizione del testatore.

* * *

Nel diritto romano vi erano altre disposizioni a causa di morte che avevano analogie con il « modus ». Quivi appartengono i casi della congiunzione del legato o di una istituzione d'erede con la nomina di un tutore o di un educatore. Pernice [18]) fa rilevare con giustezza che nei casi soprannominati non si è in presenza di un « modus » ; piuttosto che di questo, potrebbe trattarsi di una condizione. Con ragione Pernice è inoltre del parere che qui si tratta di disposizioni parimenti ordinate, che sono solamente dipendenti una dall'altra.

Anche il legato per la conclusione di un contratto obbligatorio ha una certa analogia con il legato munito di un onere. Però risulta subito una differenza tra queste due disposizioni a causa di morte dal fatto che per il legato gravato da un onere il testatore entra in relazione con il legatario, mentre nell'altro caso l'erede entra, con l'adempimento del legato, in una relazione obbligatoria con il legatario.

La differenza tra un legato condizionato e un legato avente un onere, nel diritto romano, consisteva, secondo Lammfromm, nel fatto che nel primo l'acquisto del legato dipendeva dalla prestazione di garanzia del legatario, mentre nel secondo era l'azione per il legato che dipendeva dalla prestazione di garanzia.

Come abbiamo già rilevato sopra, era il diritto giustinianeo, che doveva dare al « modus » un fondamento giuridico più stabile e trasformarlo in quell'istituto giuridico, che fu poi introdotto nel diritto comune.

---

18) Pernice, pag. 66, Labeo.

§ 2. Nel diritto comune.

Il concetto giuridico romano di « modus » fu, con la recezione del diritto romano, accolto nel diritto comune; anche qui però, l'onere, come nel diritto di Roma antica, non ricevette una forte struttura giuridica. Questo fatto vien giustificato già dalla differenza specifica delle denominazioni di onere scelte nel diritto comune. La scienza legale di quel tempo cercò di tedeschizzare la parola « modus » con i vocaboli: « Zweck, Zweckbestimmung, Endzweck, Zwecksetzung, Verwendung », senza però riuscire a chiarificare nel suo concetto l'odierno significato giuridico di onere.

Nel diritto comune si intendeva per « modus » una clausola aggiunta ad una disposizione a causa di morte, attraverso la quale il beneficato era tenuto a compiere una prestazione tolta dalla eredità ricevuta, senza che l'efficacia della liberalità avesse a dipendere da questa clausola posta dal testatore. La dottrina del diritto comune ammetteva differenze tra il « modus mixtus, purus, possibilis, impossibilis, simplex, qualificatus »[19]). Il « modus simplex » e il « modus qualificatus » erano i più frequenti e i più importanti. Il « modus simplex » rappresentava un cosiddetto « nudum praeceptum » e non concedeva nessun diritto di restituzione, mentre per il « modus qualificatus » il quale corrispondeva al « modus » nel diritto di Giustiniano, era data una restituzione, se l'onere non veniva adempiuto, sotto forma di una condizione.

Nello sviluppo ulteriore del « modus » del diritto comune fu stralciata di nuovo la differenza tra « modus simplex » e « modus qualificatus ». Nell'ordinamento sistematico della parte generale delle Pandette il « modus » veniva chiamato con il termine « clausola accessoria » (Nebenbestimmung) dei negozi giuridici.

Il concetto di « modus » fissato in tal modo dal diritto comune, subì per opera di alcuni pandettisti, alla fine del 18.mo secolo, una estensione nel senso che si cercò di giustificare la congiunzione del « modus » con i negozi a titolo oneroso. Però questa opinione non potè avere un valore duraturo; si finì col riconoscere che l'onere, in contrapposizione con la condizione, è possibile solo per i negozi a titolo gratuito.

Ci dilungheremmo certamente troppo, se dovessimo entrare nei particolari del problema così ardente nel diritto comune, quello cioè di portare in un unico sistema i tre concetti di « modus », « dies », e « condicio ». Si tenga solamente presente che una riunione dei tre

---

19) Glück, Pandekten, vol. IV, pag. 465.

concetti sotto il concetto principale di « clausola accessoria » non serve a nient'altro che a far risaltare il fatto che essi hanno in comune la proprietà di poter essere aggiunti a un negozio giuridico, senza appartenere tra loro essenzialmente.

Nè la dottrina di *Savigny* [20]), secondo la quale l'onere è considerato come una « autolimitazione » della volontà (Selbstbeschränkung des Willens), nè quella recente, apparsa cioè verso la metà del 19.mo secolo di *Windscheid* [21]) sul « Presupposto » (Voraussetzung), la qual dottrina si basa sulle « condiciones sine causa », acquistarono una grande importanza per l'istituto dell'onere nel diritto attuale.

Savigny parte dall'opinione, che nel caso dell'ordinamento di un onere, di un termine o di una condizione, gli effetti dei negozi giuridici vengono limitati ; la persona agente vuol disporre solamente sotto una certa presupposizione, che essa pone a se stessa. Egli non ha specificato a fondo la parola « autolimitazione della volontà » ; con questa parola egli vuol intendere piuttosto che il negozio gravato da un onere ha una cerchia più limitata di quella che esso, per sua natura, potrebbe avere. Questa volontà limitata conduce nei suoi sviluppi ad una ulteriore limitazione degli effetti tipici ai negozi in questione. L'onere infatti crea economicamente una diminuzione del valore della liberalità elargita.

Windscheid chiama « presupposto » ogni rappresentazione mentale attraverso la quale una persona è portata a concludere un contratto: ora essa può aver accettato una circostanza che è accaduta o accade, o accadrà nel futuro. Questa accettazione di una circostanza passata, presente o futura può essere espressa con la propria volontà : essa può anche risultare di per sè come voluta, senza un espressivo rilievo, dal contenuto ulteriore della manifestazione della volontà. E non solo da questo contenuto, ma anche dalle circostanze che accompagnano detta manifestazione, può risultare il presupposto, senza che esso venga realmente espresso. Windscheid fa a questo proposito una differenza tra la manifestazione della volontà fra vivi e quella a causa di morte. Nella prima il presupposto deve essere percepito specialmente da colui a favore del quale fu data l'espressione della volontà. Nel secondo caso invece è necessario solo che nel momento nel quale il presupposto deve diventare giuridicamente efficace, risulti, con sicurezza dalle circostanze accompagnanti, il fatto che il testatore abbia manifestato quella volontà solo sotto il presupposto di una certa conformazione delle cose. Ne segue che il presupposto è una condizione non sviluppata e come tale una limitazione della volontà. Con l'aggiunta del presupposto il contenuto del

---

20) Savigny - System des heutigen röms. Rechtes, vol. III, pag. 93, 120, 230.

21) Windscheid - Lehrbuch des Pandektenrechtes, vol I, pag. 97.

negozio giuridico concluso vien fatto dipendere, precisamente come nella condizione, da un certo stato delle circostanze. Windscheid vuol appunto mettere questo « presupposto » in luogo del « modus ».

Contro la dottrina di Windscheid si può opporre l'obiezione che l'essenza della « causa » non viene espressa abbastanza chiaramente dalla parola « presupposto » [22]). D'altra parte questa dottrina che tende a favorire certe rappresentazioni di circostanze di una parte contraente appena percettibili all'altra parte, appare in generale contraria alla libera volontà negoziatoria e vien perciò ripudiata dalla pratica dei tribunali tedeschi. Infatti con una rappresentazione mentale unilaterale di una parte, anche se essa non sia stata neppure espressa, si potrebbe mettere ancora in dubbio ciò che le parti hanno pattuito nella conclusione del negozio [23]).

Dunque neppure la dottrina del diritto comune è riuscita a formare un sistema giuridicamente riunito e compatto dell'onere successorio. A parte ciò, si deve tuttavia ammettere che le teorie di Savigny e di Windscheid ebbero un grande influsso su alcune codificazioni del 19.mo secolo.

§ 3. In alcuni diritti europei.

A) Nel diritto tedesco.

Il Codice civile tedesco contempla l'istituto dell'onere in due luoghi della parte speciale, e cioè nel secondo libro l'onere cosiddetto donatorio (§ 525-527) e nel quinto libro l'onere come una specie di disposizione a causa di morte (§ 1940 e 2192 fino a 2196). La parte generale al contrario non contiene nessuna disposizione riguardo all'onere, fatto questo che merita di essere sottolineato, poichè non son mancati tentativi scientifici di voler elevare l'onere a un concetto giuridico generale. La legge evita persino di dare concetti generali riguardanti le due specie di oneri sopraddette. Per quel che riguarda

---

22) Lo stesso autore dice che un concetto generale di presupposto non è realizzabile. Solo ciò che è parte costitutiva di un negozio ha un significato giuridico, specialmente la causa di una liberalità oppure il modo a questa aggiunto. L'inadempimento del negozio trae seco l'annullabilità non per il fatto che l'adempimento del modus è «presupposto», ma perchè esso forma parte costitutiva del negozio.

23) Vedi Dernburg, Pandekten, vol. I, pag. 268.

l'onere della donazione, le disposizioni non contengono affatto alcuna definizione. I motivi del codice civile tedesco si giustificano a proposito dicendo che la denominazione di onere scelta per significare il « modus » si è talmente naturalizzata nella nuova lingua giuridica che sia la sua recezione, sia la mancanza di ogni specie di definizione non creano scrupoli.

Il codice civile tedesco tratta l'onere in annessione ai legati, come una disposizione simile ad un legato, dal quale però si differenzia per il fatto che nell'onere non c'è nessuna persona che possa chiedere per se stessa l'adempimento dell'onere, ma che al contrario il gravato deve fare una prestazione per un certo scopo.

L'onere ha molte analogie con il legato, per ciò che riguarda le persone che possono essere gravate e quelle che, nel dubbio, possono essere gravate; inoltre per ciò che riguarda la disposizione secondo la quale, se scompare il primo onerato, deve adempiere l'onere colui che entra al suo posto (§ 2161, 2192); per ciò che riguarda ancora il principio per il quale il testatore deve porre una disposizione a causa di morte indipendente dalla volontà di terzi; e infine per quel che concerne le eccezioni di questo principio riguardo all'oggetto da prestarsi.

Mentre nel legato il testatore può trasmettere al gravato o ad un terzo la scelta della persona del legatario da farsi in una cerchia limitata dal testatore, questi può, nell'onere, in quanto egli fissi lo scopo, lasciare al gravato o ad un terzo la scelta della persona che deve ricevere la prestazione (§ 2193,1). Se questa determinazione compete ad un terzo, essa ha luogo per mezzo di una dichiarazione fatta al gravato. Se questo terzo non può fissare la persona, oppure egli trascura il termine di dichiarazione posto dal tribunale competente su proposta della persona gravata o di qualcun altro che può richiedere l'adempimento dell'onere, il diritto di determinazione passa allora alla persona gravata.

Se la determinazione invece compete a quest'ultima, e se essa è condannata per forza di legge ad adempiere l'onere, l'attore può allora porle un termine proporzionato di adempimento; dopo la scadenza del quale, l'attore è autorizzato a compiere la determinazione nel caso che l'adempimento non si verifichi a tempo giusto.

La legge non ritiene che la determinazione vincolante della persona beneficata abbia a verificarsi per mezzo di una dichiarazione unilaterale della persona onerata, ma che essa avvenga solo per mezzo della prestazione del gravato. Anche se egli dovesse obbligarsi contrattualmente con qualcuno a compiere la prestazione a favore di quest'ultimo o ad un terzo, ha sempre ancora la possibilità di adempiere l'onere anche a favore di un'altra persona; è suo affare poi l'intendersi col suo contraente.

L'onere, nel diritto tedesco, possiede inoltre analogie con le donazioni a causa di morte (Schenkungen von Todes wegen) per il fatto che il suo inadempimento non reca danno, nel dubbio, a quelle disposizioni nelle quali esso è incluso.

L'adempimento dell'onere può essere richiesto: dall'erede, dal coerede, inoltre da colui che subentrerebbe nel caso che il gravato non entri più in considerazione. Se l'adempimento è di interesse pubblico, esso può essere richiesto dall'autorità competente. Se vi sono più persone che possono richiedere l'adempimento, esse diventano concreditori: nessuno può richiederlo per se stesso, ma tutti si concordano per agire contro il gravato.

Se il gravato è l'erede, l'onere è allora una obbligazione d'eredità: questo fatto rende appunto l'onere analogo al legato. Se al tempo dell'eredità, l'adempimento dell'onere è obiettivamente impossibile, valgono allora gli stessi principi che per il legato.

Se l'esecuzione dell'onere è impossibile in seguito ad una circostanza dovuta al gravato, colui che subentrerebbe nel caso di scomparsa del primo onerato, può in tanto richiedere la restituzione della liberalità con le prescrizioni dell'arricchimento indebito, in quanto la liberalità avrebbe dovuto essere adoperata per l'esecuzione dell'onere. Se l'impossibilità è solo soggettiva, colui che fa valere il diritto, deve adempiere l'onere. Se la prestazione è divenuta impossibile senza nessuna colpa del gravato, questi vien liberato e ritiene nel dubbio la liberalità che gli è stata data.

* * *

B) **Nel diritto austriaco.**

Il Codice Civile austriaco parla dell'onere nelle limitazioni di istituzione d'eredità e nelle limitazioni di ordinamenti di legati.[24]) Il § 709 dice appunto come alla istituzione d'erede si possono aggiungere anche gli oneri. Se è chiaramente stabilito che il testatore abbia voluto veramente impartire un mandato e non solo un consiglio o una raccomandazione, l'onere, che può contenere un «fare» o un «tralasciare», deve essere allora adempiuto da colui che ne è gravato entro il tempo fissato. Se il mandato ha per contenuto una cosa impossibile o illecita, esso non vien preso in considerazione.

Se il mandato non può essere adempiuto completamente o precisamente, deve venire almeno compiuto ciò che è possibile compiere (§ 710).

24) Unger Joseph, op. cit.

Se l'erede istituito non adempie dolosamente l'onere, perde la parte che gli tocca e questa cade all'erede legittimo; se però all'erede istituito non può essere attribuita alcuna colpa in merito, esso riceve ugualmente l'eredità, supposto però che non appaia a proposito un'altra volontà del testatore. In ogni caso, sotto speciali circostanze, egli può essere accusato per non adempimento del mandato e il tribunale competente è tenuto a sorvegliare a che l'adempimento dell'onere si realizzi.

Il testatore può allegare al non adempimento dell'onere speciali effetti svantaggiosi, così per es., il versamento di un legato o la istituzione di un coerede. In questo caso non si tratta di un onere tecnico, poichè il testatore non limita affatto la sua volontà testatoria, ma piuttosto di un aggravio dell'erede e rispettivamente di un « honor » di un terzo.

Questi effetti svantaggiosi ordinati dal testatore non sono però valevoli, se il mandato comprende l'adempimento di un'azione impossibile o illecita oppure il tralasciamento di un'azione giuridica o morale (§ 712).

Il divieto della contestazione delle disposizioni a causa di morte non si estende alla contestazione del loro significato e della loro autenticità (§ 720). La questione se codesto divieto si presenti sotto forma di un proprio onere o di una condizione sospensiva o risolutiva, non ha nessun valore per l'interpretazione del divieto accolta nella legge.

Circa le limitazioni degli ordinamenti di legati, il codice civile austriaco dice che il testatore può, come nella istituzione d'erede, restringere questi ordinamenti con l'aggiunta di una condizione, di un termine o di un onere; valgono inoltre le stesse regole viste sopra per l'istituzione d'erede.

* * *

Un istituto alquanto singolare e degno di essere citato del codice civile austriaco è quello delle « tasse fondiarie », trattato alla fine della parte principale dei legati (§ 694). Queste tasse sono dette anche « contribuzioni legali ad opere pubbliche », oppure contribuzioni che sono da ricavare dai lasciti secondo le ordinanze di polizia, per il soccorso di certi ricoveri pubblici di poveri e di ammalati e dell'insegnamento pubblico o per altri scopi comuni.

Queste contribuzioni legali, secondo Schiffner,[25]) non sono considerate come legati propri e non devono essere trattate secondo le regole di quest'ultimi. Già il § 694 dice a proposito che queste « contribuzioni legali » non sono da considerarsi come legati, poichè, esse quali *oneri statali* devono essere versate anche senza tener conto

25) Schiffner op. cit., pag. 238.

dell'ultima volontà del testatore. Esse sono appunto oneri statali che devono essere adempiuti dagli eredi legittimi e non possono essere giudicati secondo le regole del diritto privato, ma solo secondo le prescrizioni di polizia. Nella loro essenza queste contribuzioni legali, o meglio oneri legali, non sono tasse statali, ma piuttosto tasse speciali cosiddette fondiarie o pie, versate allo scopo di aiutare opere di beneficenza e di utile comune. Quali oneri obbligatori, queste contribuzioni gravano il lascito anche contro la volontà del testatore.

C) Nel diritto francese.

Secondo il codice civile il proprietario che vuole alienare i suoi beni, ha la scelta o di abbandonarli a una persona quale gratificazione o di rimetterli ad un altro proprietario mediante un oggetto equivalente. Nel primo caso l'alienazione è fatta a titolo gratuito; nel secondo caso è a titolo oneroso. L'articolo 893 del Codice Civile proibisce di disporre dei beni a titolo gratuito: fa eccezione la donazione fra vivi e per testamento. Il Codice proscrive perfino la donazione a causa di morte, presa dall'antico diritto francese alla legislazione romana.

Colui che dispone sia per mezzo della donazione, sia per mezzo del testamento non è tenuto a procurare al gratificato un vantaggio puramente gratuito. Gli è permesso di porre nella sua donazione o nel suo legato certi oneri, che non modificano affatto il carattere della sua liberalità; essa è sottomessa alle regole della disposizione a titolo gratuito. Questo è un punto che non può essere contestato: l'art. 954 e 1046 del Codice Civile lo stabiliscono perentoriamente, l'uno proclamando che la donazione, e l'altro che il legato possono essere annullati per il non adempimento degli oneri da parte del gravato.

Nel Codice Civile l'onere è trattato nel titolo: «delle donazioni fra vivi e dei testamenti». Esso vien citato negli art. 945, 1009, 1012; inoltre negli art. 1085, 1086, sempre però sotto la denominazione: «debiti e oneri». Nella lettura dei testi si è facilmente convinti di credere che queste due parole esprimano dappertutto l'idea di obbligazione. Importa sapere, in ciascuno di questi casi, a chi incombera il pagamento di tutte le obbligazioni, di cui una massa di beni può essere gravata. Si può già concludere dicendo che nel Codice Civile all'espressione «onere» corrisponde in generale l'idea di «*obbligazione*».

L'art. 954 sembra, a prima vista, complicato; esso dice: «Nel caso della revoca a causa dell'inadempimento delle condizioni, i beni ritorneranno in possesso del donatore, liberi da ogni onere ed

ipoteca a carico del donatario ». Come abbiamo visto, non è difficile comprendere che l'espressione onere, che vi è contenuta, non è più congiunta alla parola « debiti », ma alla parola « ipoteche », e significa semplicemente obbligazione [26]). Ciò che invece disorienta è l'introduzione del vocabolo « condizione », là dove ci si aspettava di vedere « onere ». Questa confusione di termini è dovuta semplicemente allo scrupolo del legislatore di evitare una ripetizione. Tutti gli autori sono concordi nel riconoscere che egli non ha voluto ripetere due volte la parola oneri in poche righe. Pertanto « condizione » è una modalità che ostenta un diritto reale o personale, di cui l'effetto è di subordinare a un avvenimento futuro e incerto la formazione o la risoluzione di questo diritto; quando essa ostenta la formazione del diritto, è detta sospensiva; quando invece essa ostenta la sua estinzione è detta risolutiva.

Sottomettere una donazione ad un onere non vuol dire modificare il suo carattere unilaterale, altrimenti bisognerebbe concludere che ogni donazione sia sinallagmatica, poichè essa è sempre esposta al pericolo di venir revocata, potendosi sempre verificare, per es., un caso di ingratitudine da parte del donatario. Al contrario la donazione gravata da un onere, partecipa alla natura dei contratti sinallagmatici (art. 1102); e si potrebbe perfino dire che il carattere speciale dell'onere in una donazione è di renderla sinallagmatica, facendola divenir onerosa.

Una conclusione identica vale per i legati contenenti un onere. Il testatore, ordinando un simile legato, concilia in un medesimo atto la liberalità e l'obbligazione. Ricondotta alla sua formola giuridica, questa disposizione consiste infatti in un legato contenente una clausola (onere o modus) per la quale il legatario è obbligato a dare, a fare o a non fare. Il testatore, gravando il legato con un onere, ha molto spesso voluto subordinare il suo mantenimento all'esecuzione di quello, e il legatario, da parte sua, che vuole conservare il beneficio della liberalità fatta in suo interesse, deve conformarsi alle esatte prescrizioni del testamento. È insomma una specie di accordo perfetto « post mortem » di una delle parti, derivante dall'obbligazione.

L'onere può essere imposto al legatario nell'interesse del testatore o di un terzo. Il testatore dispone nel proprio interesse quando egli regola le condizioni dei suoi funerali, prescrive un servizio funebre, ordina la costruzione di un monumento, obbliga il legatario al pagamento dei suoi debiti, ecc. Se il testatore non ha espressamente gravato il legatario di far rispettare la sua ultima volontà, ma lo ha solamente raccomandato, l'inadempimento di quella non implica la revoca della liberalità. Nella maggior parte dei casi però

26) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, pag. 410.

l'onere è diretto a favore di un terzo, (art. 1119, 1121) il quale può essere determinato e anche indeterminato. Questo articolo vien interpretato nel senso che l'onere illecito o immorale sarà ritenuto come non scritto tutte le volte che l'intenzione del testatore o disponente non sarà chiara e manifesta. Invece quando verrà provato che il « de cuius » non avrebbe compiuto la donazione o la disposizione se avesse ritenuta impossibile la realizzazione della condizione, l'atto sarà annullato completamente. Poco importa che la sua volontà risulti espressamente o tacitamente; basta che essa esca fuori sia dai termini della disposizione, sia dalle circostanze della causa.

L'art. 900 del Codice Civile dice: « In tutte le disposizioni tra vivi e testamentarie, le *condizioni* impossibili, quelle contrarie alle leggi o ai costumi, saranno ritenute come non scritte ».

Ancora una volta noi vediamo apparire la parola condizione al posto di onere; questa confusione di termini vien però chiarificata se si tiene presente che, nel diritto francese, ogni onere, in ultima analisi si risolve in una condizione risolutiva potestativa. Dal punto di vista pratico l'art. 900 vien maggiormente applicato all'onere propriamente detto, che alla condizione casuale, poichè è raro che un testatore confidi la sorte della sua liberalità alla incertezza di un avvenimento fortuito.

* * *

D) **Nel diritto italiano.**

Il titolo II del libro III del Codice Civile italiano, che riguarda il diritto di successione, non accenna in alcun luogo al concetto di onere successorio, mentre la condizione e il termine vi trovano una regolamentazione piuttosto ampia, comprendendo essa infatti l'intero § 2 (art. 848-861). La letteratura tuttavia non tralascia di regolare e commentare l'istituto dell'onere in relazione al legato gravato di modalità o di disposizioni accessorie. L'onere successorio, appunto per distinguerlo da queste disposizioni accessorie che vanno sotto il nome generale di oneri di un legato, vien denominato con la parola « modus » italianizzata, vale a dire « modo ».

La definizione di onere non differisce gran che da quella delle altre legislazioni. Il modo viene infatti definito come quell'onere o peso apposto ad una donazione o ad una disposizione testamentaria, in forza del quale l'onerato vien obbligato ad erogare tutto o parte di ciò che ha ricevuto, o a dare o non dare, o fare o non fare qualche cosa per il conseguimento di uno scopo determinato voluto dal

donatore o testatore [27]). L'onere dunque ha per oggetto il sodisfacimento di un interesse economico o morale, pubblico o privato sia di un terzo estraneo che dell'onerato o del testatore o perfino dello stesso beneficato, purchè però possibile e lecito. Il modo può avere il più vario contenuto: può essere negativo (per es. il divieto di attaccare le disposizioni testamentarie) oppure positivo (per es. la costruzione di un monumento). Oggetto del modo è quindi, in generale, tutto ciò che può formare oggetto di obbligazione: ciò che non è oggetto di obbligazione non può essere imposto come modo: è quindi da reputarsi come illecito l'onere imposto al gravato di legittimare o non legittimare un figlio naturale, di adottare una data persona, di fare o non fare testamento. Il modo impossibile o illecito, al pari della condizione, si ha come non apposto, salvo sempre una contraria volontà del testatore. (Questa disposizione differisce dalla stessa disposizione contemplata nel nostro codice all'art. 482). Questa regola si desume, oltre che da quanto la legge dispone riguardo alle condizioni impossibili (art. 849) anche e principalmente anzi dal carattere meramente accessorio che ha normalmente il modo nella disposizione testamentaria e più generalmente nell'atto a titolo gratuito, cui accede; carattere il quale spiega perchè anche nelle donazioni il modo impossibile o illecito deve considerarsi come non apposto.

Lo scopo del modo deve essere dunque possibile e lecito sia moralmente che giuridicamente. Dev'essere anche ragionevole? Ciò non può ammettersi come regola, sia perchè la volontà del testatore, quando non sia contraria alle leggi o ai buoni costumi, deve essere rispettata, sia anche perchè altrimenti si verrebbe a dare al giudice uno sconfinato arbitrio. Quel che si deve ammettere è solo che se il modo è *evidentemente* privo di qualunque scopo o ridicolo, può sorgere dubbio sulla sanità di mente del testatore e in tal caso si potrà o considerare invalida tutta la disposizione o considerare il modo come non apposto. La legislazione italiana dà quindi, nel caso di oneri insensati, due soluzioni, mentre il nostro art. 482,3 CCS ritiene solamente, e più giustamente, l'onere come non apposto alla disposizione.

Un legato può inoltre essere gravato di un onere che ne assorba ugualmente tutto quanto il valore, di modo che al legatario non pervenga un vantaggio economico. Perciò la logica e l'equità consigliano di lasciare il legatario, che è il solo giudice competente per la questione se il legato gli arrechi o no un vantaggio, libero di decidersi per l'accettazione o per la rinuncia. Per quanto riguarda la questione se il legatario onerato sia obbligato a sodisfare il legato

27) Vedi Gangi C. - Il legato nel diritto civile italiano, Padova 1933, pag. 36.

impostogli, anche oltre i limiti del valore di quello a lui fatto, il codice italiano dice che il legatario è tenuto ad adempiere in ogni caso integralmente l'onere a lui imposto (sempre però non risulti una contraria volontà del de *cuius*). Se tuttavia il legatario gravato, al momento dell'accettazione della liberalità a lui fatta, non aveva notizia dell'onere impostogli, essendo quest'ultimo istituito in un testamento scopertosi posteriormente, l'onere, se esso comporta una prestazione patrimoniale può essere ridotto: infatti non si può dire che il legatario gravato, accettando il legato, ha accettato nello stesso tempo la stima che dell'oggetto a lui legato ha fatto il testatore in confronto dell'onere impostogli ed ha quindi assunto l'obbligo di sodisfare quest'ultimo: a ciò si arriva anche applicando per analogia l'art. 942.

Il modo va pure soggetto a riduzione per insufficienza dell'attivo ereditario all'integrale soddisfacimento di esso, quando gravati siano gli eredi i quali abbiano accettato l'eredità con beneficio d'inventario. A prescindere poi da questi casi il modo posto a carico di un legatario diviene inefficace e va soggetto a riduzione, quando questi non ha ricevuto in tutto o in parte ciò che gli è stato legato.

Il modo non sospende l'acquisto del legato, ma obbliga solo il gravato alla prestazione impostagli. In ciò esso si distingue dalla condizione. Esso, anche quando importi un vantaggio per una terza persona determinata e sia pure che questo vantaggio sia stato avuto in mira dal testatore, se obbliga l'onerato all'adempimento, non fa mai sorgere verso di lui un vero e proprio diritto di credito: il terzo infatti, a favore del quale l'esecuzione dell'onere verrebbe a ridondare, non ha diritto quindi neppure ad un'azione per costringere il gravato all'adempimento, e d'altra parte, anche coloro che in ogni caso possano agire per l'adempimento (l'erede, il beneficato, l'esecutore testamentario) lo possano non già come titolari di un diritto di credito, ma come organi della volontà del defunto. Questo principio dell'incoercibilità del modo è in contrasto con il principio esposto dall'art. 482,2 del nostro codice, il quale, come vedremo, concede l'azione d'adempimento a « qualsiasi interessato ».

Il modo deve essere adempiuto secondo l'intenzione del testatore nella maniera e nel tempo da lui voluti. Se il tempo non è stato esplicitamente da lui designato e non può desumersi dal testamento, esso sarà stabilito dall'autorità giudiziaria su istanza degli interessati. Una decisione della Cassazione di Torino (25 giugno 1921) stabilisce d'altra parte che se il testatore ha prefisso un termine per l'adempimento del modo ed ha comminato la decadenza del legato in caso di inadempimento del modo, questo non coinvolge la suddetta decadenza quando sia dimostrata e giustificata l'impossibilità dell'esecuzione entro il termine stabilito.

Se il modo non può essere adempiuto rigorosamente così come volle il testatore, esso dev'essere adempiuto così com'è possibile e nella maniera che più si accosti a quella da lui voluta. Se però l'adempimento del modo, pur essendo possibile al momento dell'apertura della successione, è divenuto impossibile in seguito, ma senza colpa del gravato, tale impossibilità non può di regola essere invocata contro di lui, a meno che non risulti una contraria volontà del de *cuius*. Se invece l'adempimento è divenuto impossibile per colpa del gravato, l'impossibilità ha allora gli stessi effetti del volontario inadempimento, cioè la liberalità cade (se però il testatore l'abbia ordinato) non « ipso jure », ma vien dichiarata tale dal magistrato su istanza degli interessati.

PARTE PRIMA

CONCETTO E DELIMITAZIONE DELL'ONERE SUCCESSORIO NEL CODICE CIVILE SVIZZERO

§ 4. Le disposizioni a causa di morte.

La successione nel patrimonio di una persona, la quale non abbia fatto uso alcuno della libertà di disporre entro i limiti posti dalla legge, vien regolata direttamente dal diritto successorio. La legge, che in seguito alla non utilizzazione di questa libertà, non è più costretta entro i limiti posti dal testatore, fissa essa sola quelle persone che posseggono un diritto successorio nel senso soggettivo e regola i modi della divisione ereditaria.

Il de cuius può tuttavia, rispettando le porzioni legittime, determinare le persone aventi diritto ad una liberalità a causa di morte o la maniera della divisione. Mentre però i negozi giuridici fra vivi mostrano i loro effetti subito oppure dopo un certo tempo, i negozi giuridici a causa di morte diventano efficaci necessariamente solo dopo la morte del disponente. Possiamo dunque definire per disposizioni a causa di morte quella specie di negozi giuridici, che per loro natura acquistano efficacia solo dopo la morte del testatore.

Le disposizioni a causa di morte possono essere di due specie: *il testamento e il contratto successorio.*

Il testamento è il negozio giuridico a causa di morte unilaterale. In questo il de cuius può fissare la sua ultima volontà senza l'azione di un altro contraente, volontà che è ipso jure valida, se egli adempia un solo requisito, quello cioè di osservare la forma prescritta dalla legge. La disposizione può essere olografica oppure pubblica.

a) Il testamento olografo deve essere scritto dal principio fino alla fine di propria mano dal testatore. Le prescrizioni della forma

dell'art. 505 CCS sono obbligatorie; l'inadempimento anche di una sola prescrizione rende nulla tutta la disposizione. Il grande vantaggio del testamento olografo consiste nel fatto che questo può essere steso segretamente; in ciò sta la garanzia che il testatore abbia veramente agito secondo la sua volontà. Certamente possono verificarsi influenze da parte di terzi. Il testamento segreto può avere in sè pericoli rilevanti, per il fatto che esso viene eretto spesso frettolosamente, sebbene che il testatore non sia ancora bene in chiaro sopra la definitiva recezione di questa o di quella disposizione, disposizione però che egli redige ugualmente, pensando di esser sempre in tempo a revocarla. Ora poniamo che egli muti la sua volontà, ma che tralasci di cambiare anche il testamento; e prima che egli possa far ciò, la morte lo sorprenda. Quale sua volontà vale quella stesa nel testamento, la quale però non esprime la vera volontà del testatore [28]). Oppure potrebbe verificarsi un altro caso: un tale intraprende i preparativi per un testamento, allestendo dei progetti; finalmente uno di questi vien definito da lui come quello esprimente la sua ultima volontà, nonostante che esso non sia conforme alla forma prescritta; tuttavia esso non è valido, per il fatto che non è stata osservata la forma prevista dalla legge. Tutti questi svantaggi vengono però superati dai vantaggi, che la semplicità di questa disposizione porta con sè.

b) *Il testamento pubblico,* regolato dall'art. 499 CCS, si distingue per la complicazione della stesura. La presenza dei testimoni e della persona che stende il testamento (che di solito è il notaio), la necessità di osservare il seguito esatto degli atti documentari sono tutti fatti, che rendono l'impiego di questo modo di disporre come non raccomandabile. D'altra parte però una persona la quale tema che la sua volontà possa essere influenzata nell'ordinamento del testamento ha la possibilità di formulare le sue disposizioni davanti alle persone sopracitate. Anche per il testamento pubblico è data la possibilità al testatore di tener segreta la sua volontà, poichè i testimoni, secondo l'art. 501,3 non sono tenuti a conoscere il contenuto del testamento. Essi devono solo testimoniare che il de cuius ha dichiarato davanti a loro, il testamento contenere la sua ultima volontà.

Le disposizioni contenute nelle due forme viste di testamento possono sempre venire mutate dal de cuius. Un testamento olografo può sempre venir revocato o distrutto o essere rimpiazzato da un'altra disposizione [29]). Anche un testamento pubblico può essere sostituito da un testamento olografo. L'ultimo testamento valido che vien trovato ha forza di legge.

---

28) Welti M.: Willensmängel bei den Verfügungen von Todeswegen, pag. 85.

29) Vedi art. 509-511 CCS.

c) *Il testamento orale* è una disposizione straordinaria e pubblica di ultima volontà; si distingue per la limitata azione del testatore che è ridotta ad un minimo. Esso consiste in una dichiarazione orale della volontà del de cuius davanti a due testimoni, i quali sono tenuti a comunicare le disposizioni udite ad una autorità giudiziaria. Questa forma di testamento trova applicazione solo in circostanze straordinarie, quali per es. il vicino pericolo, lo sbarramento del traffico, epidemie, guerre (testamento militare). Esso perde la sua validità se il testatore è nella possibilità di servirsi delle altre due forme di testamento; da questo momento esso rimane in vigore solo per quattordici giorni (art. 508).

* * *

Il contratto successorio è il negozio giuridico a causa di morte bilaterale. Mediante questo istituto una persona vien fatta erede di un'altra per via contrattuale; in questo caso abbiamo un contratto successorio positivo. Più sovente appare il contratto successorio negativo, in cui l'erede rinuncia all'eredità; questa rinuncia è spesso voluta o causata da un certo patto con il de cuius.

I romani consideravano come contrario ai buoni costumi il fatto che un tale potesse contrattualmente limitare la sua libertà di disporre del suo patrimonio. Il diritto germanico invece conosceva questo istituto. Anche il CCS ha preso in sè il contratto successorio, il quale non lede in nessun modo il nostro sentimento giuridico. Esso mostra la caratteristica essenziale del contratto: la concordanza cioè di volontà di due persone, del de cuius e del contraente. Contrariamente al testamento, il de cuius non può più revocare il contratto, quando questo è stato concluso; egli vi resta legato come qualunque altro contraente; esistono però delle speciali prescrizioni per il contratto successorio.

La differenza principale di fronte al contratto fra vivi, sta nel fatto che l'obbligatorietà contrattuale entra in vigore solo con la morte del testatore, e non già con la conclusione del contratto. Fino a quel momento egli può disporre liberamente sopra il contenuto del contratto successorio; egli non può tuttavia sminuire il suo patrimonio con donazioni contrarie al contratto. Per la forma, l'articolo 521 CCS dice che, affinchè il contratto successorio sia valido, deve essere osservata la forma del testamento pubblico.

* * *

Il CCS intende sotto il titolo « Modi di disporre » (art. 481-498) le diverse volontà che possono venir accluse a una disposizione a causa di morte. Vi sono clausole che possono essere contenute in qualunque disposizione a causa di morte, nel testamento o nel contratto successorio, e altre che possono stare solo in uno di questi atti, sia solo nel testamento, sia solo nel contratto successorio.

Alla prima categoria appartengono le istituzioni d'erede, i legati le condizioni, gli *oneri*, le regole relative alla divisione, il riconoscimento di un figlio illegittimo. Della seconda categoria sono da ordinarsi mediante un testamento: la costituzione di una fondazione e la nomina di un esecutore della volontà del de cuius. Disposizioni impossibili, immorali e illecite non sono valide. Ciò vale specialmente, come lo vedremo in seguito, per gli oneri e le condizioni.

§ 5. Concetto di onere successorio.

È nostro compito ora di dare un'idea esatta di ciò che rappresenta l'istituto dell'onere contenuto in una disposizione del testatore. Questi può manifestare la sua volontà con consigli (nuda praecepta), privi di effetto giuridico; oltre al semplice desiderio ed al legato sanzionato con un'azione personale, egli può, senza far uso di una condizione, obbligare i suoi eredi o legatari a eseguire la volontà sua per mezzo di un onere, senza che il beneficiario, se ve n'è uno, abbia ad avere un diritto personale ordinario [30]).

L'art. 482 parla dell'onere. Il cap. 1 dice: « Le disposizioni possono essere gravate di oneri e condizioni, il cui adempimento può essere richiesto da qualsiasi interessato tosto che le disposizioni stesse abbiano spiegato il loro effetto », mentre l'art. 437,1 del progetto del 1895 diceva: « Il testatore può gravare le sue disposizioni con oneri, restrizioni e condizioni ». Il progetto del 1900 (art. 501) offre poca differenza con il vecchio art. 437,1.

Come si può vedere, l'art. 482 CCS non contiene nessuna definizione del concetto di onere; esso è redatto in una forma straordinariamente corta e lascia il compito alla teoria e alla pratica di cercare una risposta alla domanda quale sia il concetto di onere. Nè l'esposto dei motivi, nè i processi verbali della commissione degli esperti, nè il Bollettino Stenografico danno degli schiarimenti a proposito di questo istituto. Contrariamente alle vecchie legislazioni (specialmente a quella comune) le quali collegavano l'onere a istituti giuridici molto diversi, per poi metterlo come concetto unitario nel sistema generale del diritto, il CCS (e anche il BGB)

30) I membri della commissione di seconda lettura del BGB sono stati concordi nel riconoscere che la caratteristica dell'onore risiede nell'assenza di un diritto competente al beneficiario e correlativo all'obbligazione del gravato (§ 1940, 2194 BGB).

tratta l'onere solo nella donazione e come disposizione del diritto successorio e non pone nella parte generale un concetto di onere.

Esaminando a prima vista l'art. 482, possiamo fin d'ora stabilire che l'istituto dell'onere esercita una *limitazione della libertà di colui che ne è gravato,* che in certo qual modo consiste in una controprestazione da parte sua. Colui che dispone, imponendo un onere al beneficato, vuol limitare l'utile della sua liberalità. Il significato giuridico dell'onere si appalesa in senso negativo per il fatto che esso non rappresenta un vincolo nel senso di un relazione obbligatoria; ed in senso positivo per il fatto che l'inosservanza arbitraria di esso potrebbe, come vedremo in seguito, far cadere la liberalità.

Tenendo conto di queste considerazioni, possiamo dunque dare una definizione di onere, attenendoci al commentario del Prof. Tuor sull'art. 482: « *Per onere successorio si deve intendere l'obbligo imposto dal testatore ad un erede legittimo o istituito, oppure ad un legatario in una disposizione a causa di morte, di prestare, di fare o di tralasciare qualche cosa, ma in guisa da non conferire a nessun terzo un diritto di pretendere la prestazione di cui si tratta* ». Dunque affinchè l'onere abbia i suoi effetti, è necessaria, come già nel diritto romano e comune, una espressione della volontà del testatore, che può essere una istituzione d'erede o un legato.

L'onere è da considerarsi come una specie particolare delle disposizioni a causa di morte e come tale secondo la sua essenza entra pure nella categoria delle disposizioni accessorie: diciamo pure, poichè l'onere, come vedremo, può stare anche come disposizione indipendente. Secondo Bekker [31]) una disposizione accessoria è una dichiarazione, che, senza l'annullamento di « naturalia », crea conseguenze alla disposizione principale, che normalmente non si sarebbero verificate.

L'onere, quale clausola, presuppone una disposizione principale, quindi è sotto questo rapporto, dipendente [32]). La disposizione accessoria non ha influenza sull'essenza della disposizione principale, mentre viceversa la disposizione accessoria è dipendente dall'altra. Per es. se l'istituzione d'erede o il legato è nullo, tale può diventare anche l'onere. Questo è, come il testamento, un negozio giuridico unilaterale, ma, all'opposto di questo, una disposizione accessoria.

Nella definizione di onere, noi possiamo inoltre distinguere una parte positiva e una parte negativa. La parte positiva è la seguente:

---

31) Bekker. - Commentario del C. O., nota 3 all'art. 246.

32) Dernburg ritiene come non necessario questo collegamento a una disposizione; egli si giustifica dicendo che il testatore può gravare con un onere anche l'erede legittimo. Contro questa opinione vien sollevata l'obiezione che l'erede legittimo gravato da un onere riceve tuttavia la sua parte ereditaria.

il testatore impone l'obbligo all'erede di fare una prestazione. Di regola le disposizioni del testatore sono guidate dallo scopo di far pervenire ad una persona una liberalità; basta osservare a tal uopo l'istituto del legato e della istituzione d'erede: anche la successione ereditaria legale si può considerare come una liberalità, poichè il testatore ha tralasciato di porre una disposizione di natura diversa. Coll' imporre un'onere il testatore vuole non solo assegnare una eredità al gravato, ma vuol anche obbligarlo a una prestazione, la quale debba realizzare lo scopo da lui voluto. Economicamente l'onere è un aggravio giacente sulla liberalità. Il gravato però non è tenuto ad adempiere questo aggravio col suo proprio patrimonio, ma in ragione dell' importo della liberalità.

La parte negativa della definizione di onere sta nel fatto che il testatore grava l'erede con una prestazione « in guisa da non conferire a nessun terzo il diritto di pretendere detta prestazione ». Da ciò si può dedurre che nell'onere non esiste un beneficato come nel legato; mediante questa parte negativa del concetto, l' onere riceve la sua posizione giuridica originale. Esso è dominato dallo scopo, al quale perfino il gravato è subordinato: con l'onere nasce un obbligo da una parte, senza che dall' altra parte corrisponda un diritto.

* * *

L' onere può essere contenuto in un testamento ordinario o straordinario: la forma del testamento non ha nessuna influenza sull'efficacia dell'onere; esso può essere un testamento pubblico o privato. Inoltre può contenere uno o più oneri, anzi la liberalità in esso contenuta può essere uguagliata da essi; Dernburg chiama questi oneri « autonomi » (Selbständige Auflagen) [33]). In questo caso molto raro l'erede, che riceve un lascito esaurito, se si può dire, dagli oneri, diventerebbe tuttavia, dopo la morte del testatore, proprietario dell'eredità, anche se di fatto egli agisca solo quale persona intermediaria. Questi testamenti sono, come abbiamo già detto, molto rari, poichè essi non assumono un significato pratico e poichè manca il bisogno economico all'erede di tali disposizioni [34]); infatti vi saranno ben pochi eredi o legatari che si espongono al pericolo di diventar tali, senza poter trarre dalla disposizione testamentaria un vantaggio proprio. Se al testatore sta a cuore l'adempimento dei suoi oneri, egli assicurerà all' erede o al legatario, accanto allo svantaggio, che egli gli impone sotto la forma di onere, un corrispondente utile economico.

---

33) Dernburg, Das bürg. Recht des deutschen Reiches, vol. V, pag. 245.

34) Questi oneri acquistano però una certa importanza nei casi in cui l'erede agisce in qualità di fiduciario.

Per ciò che riguarda la prestazione da farsi da parte del gravato, essa può consistere in un'azione qualsiasi, sia essa un «fare» od un «tralasciare». Inoltre questa prestazione non deve conferire ad un terzo il diritto di pretendere quest'ultima; non esiste quindi da parte del beneficato nessuna pretesa giuridica alla prestazione.

Per poter comprendere bene l'essenza dell'onere, è necessario che noi lo consideriamo in relazione alla persona che dall'adempimento di esso riceve l'utile. La disposizione oneraria del testatore ha per iscopo il vantaggio del gravato senza che nessun altro vi sia interessato, oppure quello del testatore o di una terza persona; in seguito a ciò si distingueva nel diritto comune il « modus simplex » dal « modus qualificatus ». Il primo non è un vero onere, ma esprime piuttosto un consiglio o un desiderio, che non viene contemplato dalla legge. Quando invece si voglia imporre un vero onere (modus qualificatus) non deve esistere solo l'interesse del gravato, poichè ciò sarebbe contrario all'essenza dell'onere: per questa ragione il diritto comune non assegnava al «modus simplex» il significato giuridico e l'effetto del vero « modus ». Secondo la definizione di onere, per la quale il testatore impone un obbligo al gravato di compiere una prestazione, vediamo che questo obbligo sta di fronte a una sfera di interessi e costringe il gravato a delle prestazioni, che non toccano però la cerchia dei propri interessi economici; ne segue che l'onere contemplato nell'art. 482 CCS è un « modus qualificatus » e non « simplex ».

Nota. — A proposito del concetto di onere è interessante esaminare l'art. 495 del progetto del CCS; nel cap. 2 di questo articolo si dice che « il preerede diventa proprietario dell'eredità con l'onere della consegna ». Con ciò l'erede sostituito sarebbe autorizzato a far eseguire l'onere, mentre l'obbligo del preerede non sarebbe altro che quello dell'adempimento dell'onere. L'essenza di questo «onere» deve essere meglio precisata. Noi dobbiamo sempre tener presente che secondo le opinioni giuridiche vigenti, l'onere non sospende, ma obbliga. Secondo l'articolo citato ora il preerede riceve l'eredità come qualunque altro erede istituito; noi sappiamo anche che secondo il vecchio art. 496,1 (491,2 attuale), l'erede sostituito riceve « ipso iure » l'eredità con la scadenza.

Ora, esaminando la natura della sostituzione d'erede, l'obbligo di consegna non è altro che la conseguenza del fatto che, con la scadenza del termine fissato dal testatore, l'eredità passa per forza di legge all'erede sostituito. L'obbligo esiste come tale, ma non nel senso di un onere (sebbene il vecchio art. 495,2 lo nomini espressamente) e neppure nel senso di una semplice obbligazione: al contrario simile obbligo è la conseguenza del verificarsi della con-

dizione risolutiva contenuta nella sostituzione d'erede, cioè del verificarsi del momento devolutivo dell'eredità all'erede sostituito [35]).

Dunque la parola onere dell'art. 495,2 non ha alcuna analogia con l'onere contemplato nell'art. 482: ragione per cui la redazione del nuovo articolo 491,2 giustamente suona: « Egli ne diventa proprietario con *l'obbligo* della trasmissione ».

* * *

Dopo di aver esposto il concetto di onere, vogliamo nei seguenti paragrafi cercare di differenziare l'onere da altri concetti giuridici che sembrano aver delle analogie con esso. Da questa delimitazione il carattere particolare dell'onere risulterà ancor più preciso e chiaro.

§ 6. Condizione e onere.

A) Concetto di condizione.

Per condizione si intende una disposizione accessoria aggiunta dalle parti (rispettiv. dalla parte) di un negozio giuridico al negozio stesso, allo scopo di far dipendere gli effetti di quest'ultimo dal verificarsi o meno di un avvenimento futuro e tuttora incerto. Per condizione si intende anche il fatto, dal quale dipende l'efficacia del negozio (nel nostro caso della disposizione).

L'istituto giuridico della condizione è una estensione importante della autonomia privata, grazie alla quale la volontà del soggetto decide sulla conformazione giuridica dei suoi affari. La condizione dà la possibilità al soggetto giuridico di adattare gli effetti della sua volontà ad avvenimenti futuri, di cui egli prevede la possibilità e di far valere dei motivi, che di per sè sono irrilevanti. La condizione rende inoltre possibile di influire sul modo d'azione di un'altra persona, senza imporle, riguardo al suo modo d'agire, un obbligo: non esiste infatti l'obbligo di adempiere una condizione, neanche nelle disposizioni a causa di morte. Per questa ragione il cap. 1 dell'art. 482 vale solo per gli oneri e non anche per le condizioni; il riferimento della condizione nel detto articolo è dovuto ad un latente sbaglio della redazione.

---

35) Vedi Tuor. - Commentario del diritto successorio, pag. 236, N. 5: nota 18 all'art. 491.

La condizione può essere giustamente e correttamente espressa nel contratto con la parola « Se » oppure anche con altre denominazioni analoghe. La condizione può essere voluta anche tacitamente, quando cioè è chiaro che l'effetto giuridico, secondo la volontà delle parti debba dipendere dall'avverarsi di un fatto futuro. Così per es. il concordato è tacitamente condizionato dall'adempimento degli obblighi assunti dal debitore.

Se il termine d'adempimento è caratterizzato da un avvenimento incerto e futuro, si è in presenza, di regola, di una condizione. Se invece le parti vogliono che la prestazione abbia a verificarsi, anche nel caso che l'avvenimento non accada, essa non è condizionata, ma la sua scadenza è prolungata. Un contratto può dipendere da parecchie condizioni, sia in modo cumulativo, in modo che devono esistere più fatti che producano l'effetto giuridico, sia in modo alternativo, cosicchè l'effetto abbia a verificarsi quando è presente uno dei parecchi fatti.

La legge considera due speci di condizioni:

1) la condizione *sospensiva*, con la quale il contratto diventa efficace solo col verificarsi della condizione;
2) la condizione *risolutiva*, col verificarsi della quale cessa l'efficacia del contratto appena entrata. Con l'interpretazione dovrà poi essere stabilito, quale delle due condizioni sia stata voluta. Sotto entrambe le dette forme, la condizione ricorre spesso nelle disposizioni a causa di morte, tanto nel testamento (aggiuntavi unilateralmente dal testatore) quanto nel contratto successorio (in base ad accordo fra le parti), così pure nella istituzione d'erede, nel legato e perfino nell'onere (per es.: « Se io dovessi morire all'estero, desidererei venir seppellito nel mio luogo di origine »). Contrariamente a quanto era prescritto nel diritto romano, le condizioni risolutive possono venir anche accoppiate ad una istituzione d'erede; es.: « Istituisco erede mio genero, alla condizione che non vada a stabilirsi altrove ».

Si ammetterà pure una condizione risolutiva, quando la liberalità sia fatta dipendere dalla circostanza che il beneficato compia o tralasci alcunchè durante tutta la sua vita o per lungo tempo indeterminato: ad es. che egli non cambi religione, che non sposi una certa persona, ecc.

Secondo il contenuto della condizione, vi è inoltre la condizione *positiva* e quella *negativa*, a seconda che il verificarsi dell'avvenimento (cioè il mutamento dello stato attuale) o il non verificarsi (cioè la continuazione dello stato attuale) rappresenti la condizione. Si fa inoltre differenza fra condizione *casuale e potestativa*, a seconda che la condizione consista in un'azione della parte alla quale vien detta la condizione, oppure nel verificarsi di un fatto casuale.

Condizione casuale è per es. la promessa di donazione di una certa somma di denaro da parte di un contadino a suo figlio se il raccolto sarà buono. La condizione potestativa può consistere in una qualsiasi azione della parte in questione: così una compera a titolo di prova è condizionata dalla volontà del compratore.

Se l'eredità o il diritto al legato contengono una condizione sospensiva, essi non si devolgono già coll'apertura della successione al beneficato. Il vantaggio patrimoniale spettante a chi ha il diritto condizionato perviene piuttosto dapprima agli eredi legittimi (ove si tratti di una istituzione condizionale d'erede) e nel caso del legato al beneficato a cui incombe l'incarico di corrisponderlo, senza che contro di lui si possa promuovere l'azione di consegna. Si ha qui una specie di istituzione d'erede. Coll'adempimento della condizione, l'eredità passa senz'altro per legge al secondo erede (avente il diritto condizionato), rispettivamente nasce per il beneficato il diritto di pretendere il legato. Durante lo stato sospensivo, il secondo erede, rispettivamente il beneficato, ha solo un'aspettativa.

Nel caso invece di una condizione risolutiva abbiamo già subito un erede all'apertura della successione, il quale però cessa più tardi, cioè se la condizione si verifica, di essere erede o legatario. Il beneficato sotto condizione risolutiva ha una certa analogia con la parte di un erede sostituito, rispettivamente di secondo legatario.

Cessati i diritti di costoro possono entrare in conto come secondi eredi, se il testatore non ha disposto nulla in proposito, gli eredi legittimi del testatore e precisamente quelli che posseggono una tale qualità al momento della morte del de cuius, e non quelli che l'avrebbero solo al momento in cui si verifica la condizione. Questi due casi di disposizioni condizionate ordinati dal testatore, senza però determinare la persona che debba ricevere l'eredità prima, rispettiv. dopo il verificarsi della condizione, contemplano la cosiddetta *sostituzione d'erede costruttiva* così chiamata per il fatto che è la legge stessa che ordina simile successione, mancando infatti una sostituzione d'erede effettiva.

Abbiamo voluto esporre distesamente il concetto di condizione allo scopo di far risaltar meglio la differenza che corre tra questo istituto e l'onere, differenza che tratteremo nelle pagine seguenti.

B) **Differenza tra onere e condizione.**

Già il fatto della riunione dei due concetti di onere e di condizione nelle fonti del diritto romano, e la congiunzione dei due istituti giuridici prediletta dal diritto comune dal punto di vista

delle disposizioni accessorie ha condotto all'opinione di considerare analoghi questi due concetti che pure sono essenzialmente diversi.

Che il « modus » e la « condicio » nel legato non siano la stessa cosa, già le fonti antiche l'hanno spesso proclamato. Due luoghi però possono offrire delle difficoltà: la L. 1 C 6.45, dove Gordiano dice: « Modus adscriptus pro condicione observatur » e la L. 1 C 8.55, dove nell'onere di « alimenta » per il donatore, vien concesso a costui, nel caso di non adempimento, la « vindicatio utilis » del dono. Ciò nonostante la dottrina romana faceva già distinzione tra onere e condizione. *Lauterbach dice:* « Modus non facit quominus pura sit conventio » e applica questa frase anche ai legati: la « condicio » sospende, quale condizione sospensiva « obligationem et actionem », e il suo adempimento quale condizione risolutiva « annihilat actum », cosicchè il contratto, rispettiv. il legato è come mai esistito; il « modus » al contrario non sospende, esso forma tutt'al più nel legato un ostacolo sospensivo per la « solutio » (cioè per il pagamento) fino a che la cauzione vien posta, e mediante il suo non verificarsi, il legato diventa al massimo inefficace « ex postfacto ». Perciò egli ritiene come abusiva la denominazione del « modus » con la « condicio », e la « vindicatio utilis » della L. 1 C 8.55 come una particolarità, che vien giustificata dagli interessi importanti del donatore agli « alimenta ». Egli suppone nel dubbio la presenza di un « modus » piuttosto che di un legato, poichè il testatore « magis honorasse quam onerasse praesumitur ».

Di questa opinione è pure *Kreittmayr* [36]). Anche *Leyser* [37]) fa una differenziazione netta: egli ammette che in ogni « donatio sub modo » vi sia una tacita « lex commissoria », ma d'altra parte oppone il « modus », (che però, come sembra, lo vuol limitare a una prestazione fatta nell'interesse del gravato), alla « condicio resolutiva »; anzi egli pone la frase: « multum interesse inter modum et condicionem et tirones norunt ».

Glück [38]) dice che esiste un'azione d'adempimento dell'onere, mentre la condizione in generale non impone nessun obbligo e constata solo una certa uguale trattazione dell'onere e della condizione risolutiva. Anche egli presume, nel dubbio, il « modus », poichè questo poco influisce sulla validità del negozio; d'altra parte però, secondo i suoi ragionamenti, l'onere può involvere anche una condizione (modus mixtus) e allora varrebbero le regole di questa.

---

36) Kreittmayr. - Anmerkungen zum bayerischen Landrecht, München 1827. vol. III, cp. 3, § 11.

37) Leyser. - Meditationes ad pandectas, vol. V e VI, pag. 1241.

38) Glück. - Erläuterung der Pandekten, vol. IV, § 33.

Questa dottrina fu ripresa da *Savigny*[39]) che creò la famosa frase: « La condizione sospende ma non obbliga; l'onere obbliga ma non sospende ».

La differenza tra onere e condizione sospensiva fu sempre rispettata: la mancanza dell'effetto sospensivo nell'onere non lasciò mai dubitare tale fatto; invece la differenza tra onere e condizione risolutiva divenne piuttosto confusa dal momento in cui si cominciò, contrariamente alle opinioni vigenti, a negare la retroattività reale del verificarsi della condizione risolutiva e si accettò solo un effetto obbbligatorio di questo fatto: con ciò cadeva la differenza tra i due concetti propugnata dalla vecchia dottrina. Un'uguaglianza di essi non si verificò neppure nel diritto comune, poichè si aveva riconosciuto l'azione diretta d'adempimento dell'onere, ciò che alla condizione mancava.

* * *

Per ciò che riguarda il diritto moderno, non si possono trovare nuove opinioni circa la comparazione dell'onere alla condizione.

La differenza essenziale tra i due concetti consiste avantutto nei due seguenti punti :

a) Mentre la condizione non può presentarsi se non come una disposizione accessoria, come clausola di una disposizione, l'onere è possibile tanto come clausola quanto come disposizione a sè, indipendente. In questo caso l'erede legittimo è da ritenersi come gravato da esso. Così un testamento può anche aver per contenuto nient'altro fuorchè un onere (non mai invece nient'altro fuorchè una condizione). Es.: « Voglio essere seppellito nel cimitero del mio comune d'origine, accanto alla tomba della mia famiglia ».

Il tenore dell'art. 482,2 CCS, già difettoso in seguito alla riunione in uno stesso capoverso dell'onere e della condizione, è inoltre incompleto e inesatto per lo stesso motivo; « Le disposizioni possono essere gravate di oneri e condizioni »; una interpretazione stretta di queste parole condurrebbe a una soluzione falsa, poichè, come abbiamo testè visto, l'onere può essere l'unica disposizione di un testamento.

b) Nel caso di una condizione, l'efficacia del negozio dipende dall'adempimento o inadempimento della stessa, di guisa che nell'eventualità di un esito sfavorevole, gli effetti del medesimo non si producono affatto (condizione sospensiva) o se si sono già avverati, cadono di per sè (condizione risolutiva). Non necessita un'azione per ottenere che si avveri la circostanza condizionale, in quanto essa sia del resto possibile, offrendo già la perdita onde è minacciato il

39) Savigny - System des heutigen röm. Rechtes

beneficato « sub condicione » una sanzione sufficiente. D'altra parte l'azione d'adempimento rispetto alle condizioni non corrisponde nemmeno al concetto di questa.

Nel più gran numero delle condizioni non è nemmeno possibile pensare ad una esecuzione forzata della circostanza condizionale (così là dove si tratti di condizioni casuali e miste: per es. « Se perdono i rossi », « Se tu sposi Margherita »). Un'azione d'adempimento sarebbe in sè tutt'al più possibile nel caso di condizioni potestative che impongono al gravato un onere a favore di un terzo. Es.: « Tu ricevi il mio podere se versi fr. 1000.— al mio amico X »; la liberalità è in forma di condizione (conditionis implendae causa datum).

Trattandosi invece di un onere, gli effetti della disposizione a cui esso è aggiunto si producono senza riserva e non cadono qualora l'onere non venga adempiuto. Alla sua sanzione deve dunque servire un'azione speciale d'adempimento, che analizzeremo estesamente più avanti. Fa però specie che il CCS non tenga bastevole conto di una tal differenza di massima tra i due concetti di onere e di condizione nell'art. 482. In questo sta infatti scritto: « Le disposizioni possono essere gravate di oneri e condizioni... il cui adempimento può essere richiesto da ogni interessato ». Dobbiamo far notare che la redazione di questo capoverso è difettosa, poichè la frase « il cui adempimento può essere richiesto da ogni interessato tosto che le disposizioni stesse abbiano spiegato il loro effetto », si riferisce grammaticamente a « oneri e condizioni », mentre, nell'intenzione del legislatore, esso non può concernere che l'onere [40]).

Il vecchio articolo 437,2 (Progetto del 1895) era in questo senso meglio redatto: esso diceva: « L'esecuzione di questi *oneri* potrà essere richiesta da ogni persona aventevi un interesse »

In generale l'onere ha d'altra parte con la condizione comune il fatto che colui che pone una condizione o un onere, collega l'efficacia della sua dichiarazione di volontà con qualcosa di incerto e di futuro; questo fatto futuro è per la condizione un avvenimento di qualsiasi specie il cui verificarsi o meno ha un'influenza decisiva sulla efficacia dell'espressione di volontà; questo avvenimento può consistere in un'azione del contraente [41]). Al contrario l'onere stabilisce che il fatto futuro deve consistere in una azione, in una prestazione da parte del gravato; se esso poi si avveri o no, ciò è senza significato per il negozio.

---

40) Oser dice a proposito (pag. 399, nota 7b): « L'onere non rende dubbio l'effetto giuridico voluto con il negozio, ma dà d'altronde una azione d'adempimento.

41) Per ragioni di semplicità sia sottinteso il gravato da una disposizione a causa di morte.

La condizione inoltre muta i « naturalia » del negozio; perciò essa è collegata strettamente con la espressione di volontà e se non si verificasse, quest'ultima sarebbe totalmente un'altra; nasce uno stato di pendenza che la pura espressione di volontà non conosce. Al contrario l'onere non influisce sugli effetti del negozio: anzi gli effetti dell'onere sono condizionati dall'efficacia di quello.

L'onere si differenzia pure, in particolare, dalla condizione risolutiva che si basa su di un'azione del contraente e si avvicina perciò all'onere; infatti, come abbiamo visto, alla condizione risolutiva non è annessa un'azione di adempimento, mentre all'onere sì. È difficile tuttavia spesso interpretare l'intenzione del de cuius, se cioè egli ha voluto porre un onere o una condizione potestativa risolutiva. Egli infatti, per costringere il gravato alla prestazione, può scegliere fra questi due istituti; con l'onere egli ha un mezzo diretto costringendo mediante l'azione d'adempimento; con la condizione risolutiva egli possiede un mezzo ancora più radicale, dipendendo infatti la liberalità dal verificarsi della condizione.

Sarà compito del giudice di stabilire, con la sua interpretazione quali delle due clausole intendeva il testatore [42]), non riguardando solo la forma esterna della clausola, ma scrutando la sua volontà e gli scopi voluti da esso.

§ 7. Onere e desiderio o consiglio.

Già le fonti del diritto romano distinguevano il « modus » dal « nudum praeceptum » e cercavano di stabilirne la differenza secondo punti di vista oggettivi [43]). Anche la teoria del diritto comune riconobbe che tra i due concetti correva una parentela vicina; essa li considerava come forme d'apparizione dello stesso concetto giuridico e li denominava col « modus simplex » (consiglio, desiderio) e « modus qualificatus » (onere).

La somiglianza tra i due concetti è infatti molto stretta: in entrambi il disponente esterna una volontà al gravato, in entrambi egli si basa, quando egli esprime questa volontà, sulla sua autorità

42) Per esempio un'eredità lasciata con la clausola che il beneficato compia un viaggio di studi, può essere considerata come gravata da una condizione o da un onere.

43) Vedi L 7 D 33,1: gli oneri posti nell'interesse del testatore dovevano essere « nuda praecepta ».

creata attraverso la disposizione ed in entrambi esiste, in ultima analisi, la riconoscenza e la pietà, che obbligano il gravato ad adempiere il desiderio esternato. La differenza consiste solo nell'obbligatorietà giuridica dell'onere; al contrario il desiderio, il consiglio o la raccomandazione non sono citabili in giudizio. È dunque l'effetto diverso che differenzia i due concetti; quale effetto poi sia voluto, ciò deve risaltare dai singoli casi. Ciò che non può essere oggetto di un obbligo giuridico, non può naturalmente essere voluto anche sotto forma di un'onere: questo è l'unico fattore oggettivo che reca aiuto almeno in una parte dei casi; altrimenti è solo la volontà del testatore che ha un valore decisivo: bisogna esaminare se egli ha voluto porre un onere e creare un obbligo giuridico, oppure se si tratta solo di una espressione di volontà non obbligante [44]). La decisione è da prendersi secondo le circostanze del singolo caso [45]).

§ 8. Onere e mandato.

La relazione di mandato è un contratto. Il mandante esige dal mandatario la condotta d'affari o di servizi secondo la volontà e l'interesse suo: il contratto è valido se il mandatario ne accetta il contenuto. Il mandato può essere gratuito od oneroso: nel primo caso abbiamo cioè un contratto unilaterale, nel secondo uno sinallagmatico.

Onere e mandato hanno in comune il fatto che il loro adempimento può essere richiesto in entrambi i casi mediante un'azione che è contrattuale nel caso del mandato, oppure stabilita dalla legge nel caso dell'onere. Ciò che può essere il contenuto del mandato può anche essere stabilito nella forma di un onere. Questo non è

---

44) Nel testamento della signora Maria Berset-Müller a favore della Confederazione e della città di Dresda troviamo espresso il desiderio che la fondazione da essa creata porti il nome di « Fondazione Berset-Müller ». Nello stesso testamento sta d'altra parte scritto che è suo « innigster Wunsch, der für die Stadt Dresden zur Pflicht gemacht wird » che le spoglie mortali dei suoi genitori vengano portate nell'istituto da lei fondato a Dresda. Vediamo dunque che in questo caso il desiderio espresso diventa un obbligo, cioè un onere per la città, e come tale esso è obbligante. (Testamento depositato presso l'Archivio federale).

45) Il Tribunale tedesco con sentenza 3 dicembre 1885 (Vol. 14, pag. 280) dichiara: Una disposizione del de cuius, che lascia agli eredi un patrimonio con l'onere di impiegarlo solo per il loro sostentamento e di non disporre di esso in un'altra maniera, dev'essere considerato come un **desiderio**, privo di importanza giuridica, del testatore. Simile disposizione non è quindi obbligante per gli eredi.

nient'altro che un mandato fatto all'indirizzo del destinatario della liberalità nel senso non tecnico della parola, mandato che con la sua annessione ad una disposizione gratuita può avere effetti differenti dal mandato usuale.

Gli effetti diversi dell'onere e del mandato sono determinati dalla natura dei due istituti; vogliamo esaminare in ciò che segue alcuni punti in cui i loro effetti si staccano completamente uno dall'altro. Il dovere d'adempimento di un mandato nasce con l'accettazione di questo. La conclusione del contratto forma il fondamento dell'obbligatorietà legale all'adempimento; essa si basa da parte sua sulla concordanza di volontà delle parti sopra il contenuto del mandato. L'obbligo d'adempimento di un onere si riferisce invece all'acquisto della liberalità gravata da questo; in simile acquisto giace la causa legale dell'obbligo onerario. L'adempimento di un onere può venir promesso espressamente; tuttavia questa accettazione ha solamente carattere dichiarativo e non possiede forza costitutiva per la formazione dell'obbligo onerario. L'acquisto della liberalità accade sia per mezzo di una dichiarazione oppure per forza di legge.

La scadenza di un obbligo mandatario è regolata dall'art. 75 CO, il quale dice: « L'adempimento può essere richiesto subito dopo la conclusione del contratto, in quanto però non si riveli dal contratto o dalla natura della relazione giuridica un altro termine ».

La scadenza di un onere entra solamente dopo che la disposizione si trova in possesso della persona gravata dall'onere. Anche qui esistono tuttavia eccezioni: così il gravato può essere tenuto ad una prestazione anticipata se ciò sta nella volontà delle parti. Un altro carattere distintivo dei due istituti giace nella possibilità di una revoca. Il mandato può infatti sempre venir revocato oppure denunciato da entrambe le parti: nell'onere invece accade altrimenti: colui che ordina quest'ultimo può rinunciare all'adempimento oppure revocare l'onere, mentre che la persona gravata rimane obbligata all'adempimento dell'onere anche senza una simile revoca.

Esistono dunque differenze giuridiche abbastanza rilevanti tra il concetto di onere e quello di mandato. Sarà compito della libera interpretazione il sapere se si tratti di un onere o di un mandato; la decisione dipende molto dal fatto se il testatore abbia voluto imporre un obbligo forte al beneficato con il mandato, oppure uno meno forte con l'onere.

§ 9. Onere e fondazione.

La fondazione è connessa all'onere storicamente. Nel diritto moderno invece essa sta con questo istituto in forte contrasto, sebbene una specie di essa ricordi, come lo vedremo, la vecchia parentela.

Il concetto di fondazione quale persona morale era piuttosto difficile da rappresentarsi nei vecchi diritti. Oggetti patrimoniali potevano essere di proprietà di persone private o al massimo di corporazioni, o anche di un dio, di una chiesa; sconosciuta invece era la personificazione di patrimoni. Se si voleva adoperare un patrimonio per un certo scopo, non c'era altra possibilità che di trasmettere questo avere ad uno dei soggetti sopraddetti con durata di vita illimitata e di obbligare questa personalità a osservarne lo scopo; a tal uopo si confaceva molto bene l'onere: esso era l'unico mezzo per istituire una « fondazione ». Gli scopi di questa erano originariamente benefici, religiosi e di utilità comune, scopi quindi segnatamente liberali. Liberalità gravata da un onere era dunque la forma della fondazione nel vecchio diritto romano, nel diritto germanico, nel vecchio diritto inglese e francese.

L'ulteriore sviluppo giuridico conferì alla fondazione, cioè alla massa patrimoniale, la personalità morale: questo istituto fu accolto nell'art. 70 del nostro CCS[46]) (fondazioni indipendenti). Accanto a questo istituto esiste ancora al giorno d'oggi la fondazione dei vecchi diritti sopra accennata, la così detta *fondazione fiduciaria.* Il CCS non conosce nessuna regola riguardo a questo istituto. Tale fondazione può essere creata fra vivi mediante un contratto a titolo oneroso: il fondatore consegna un capitale ad una persona giuridica, questa si obbliga ad impiegare il capitale per un dato scopo; oppure fra vivi o per causa di morte anche mediante una liberalità gravata da un onere.

Tra le liberalità gravate da un onere spiccano appunto le fondazioni fiduciarie per la persona del beneficato e del gravato e per lo scopo voluto dal negozio: queste proprietà si condizionano a vicenda. Una fondazione infatti è basata su di una durata lunga, più lunga della vita del fondatore; lo scopo di essa diventa quindi efficace, se la liberalità gravata da un onere vien data ad una persona morale, la cui durata vitale è certamente maggiore di quella

---

46) L'art. 81 CCS dice inoltre che la costituzione di una fondazione può avvenire anche per disposizione di ultima volontà; oltre questo, l'art. 493 non ha altro scopo che quello di ricordare al testatore che « la validità della fondazione è subordinata alle disposizioni della legge ».

del disponente, e che perciò offre migliori garanzie affinchè la fondazione abbia a spiegare i suoi effetti. Non è necessario che la fondazione fiduciaria sia affidata a una persona morale del diritto pubblico, poichè anche società possono essere titolari di fondazioni fiduciarie. Certamente si deve riconoscere che le persone morali del diritto pubblico sono più adatte ad essere titolari di simili fondazioni, poichè oltre che all'obbligatorietà giuridica privata dell'onere esse possiedono una obbligatorietà giuridica pubblica.

Le differenze essenziali che corrono tra la fondazione indipendente e quella fiduciaria creata dall'onere sono le seguenti: la fondazione indipendente è una persona morale autonoma [47]) mentre quella fiduciaria è essenzialmente un obbligo oneroso di un'altra persona. Certamente anche la fondazione indipendente deve possedere una amministrazione che abbia a prendere deliberazioni, ma questa amministrazione quale organo della fondazione, è subordinata a quest'ultima ed ha un'importanza irrilevante come personalità, cosicchè un cambiamento delle sue condizioni non minaccia la caduta della fondazione.

Altrimenti succede nella fondazione fiduciaria. Essa non possiede il patrimonio, il quale passa nelle mani del titolare della fondazione e diventa suo patrimonio; egli da parte sua è obbligato a eseguire lo scopo della fondazione. Il patrimonio fondato ha una esistenza speciale nelle mani del fiduciario; non è un soggetto giuridico e i diritti appartenenti ad esso e gli oneri posti su di esso sono solo diritti e doveri del fiduciario. Questi ha una grande importanza per l'esistenza della fondazione [48]): infatti l'esecuzione dell'onere è impossibile se non c'è una persona gravata da esso; inoltre il fallimento del fiduciario può annullare la fondazione [49]). La sua scomparsa quale soggetto giuridico significa la fine dell'obbligo di adempiere lo scopo della fondazione da parte sua. L'adempimento inoltre può venire, se il fiduciario lascia degli eredi (se cioè egli è una persona fisica) oppure se i principi circa la successione degli eredi trovano applicazione al suo patrimonio, difficilmente eseguito o addirittura essere ineseguibile. Se però il fiduciario è una persona giuridica, per cui non ci sono norme circa la successione, la fondazione può essere tuttavia conservata con l'aiuto dello Stato, oppure se questo non ha nessun interesse in proposito, con

---

47) Nel testamento della signora Berset-Müller vien detto esplicitamente che la fondazione da lei creata deve ricevere una personalità giuridica autonoma.

48) Il Tribunale tedesco con sentenza 13 maggio 1919 riteneva fondazione fiduciaria la disposizione di una vedova, con la quale l'esecutore testamentario doveva distribuire, dopo la sua morte, una somma di 30.000 marchi a diverse società e istituzioni benefiche.

49) Vedi Schultze - Die Treuhänderschaft, pag. 32.

la buona volontà del successore legittimo: infatti l'aggravio risultante dall'onere è di natura obbligatoria solo per il gravato e per i suoi eredi.

Nella fondazione indipendente invece ciò che il fondatore pone quale sua volontà è di natura obbligatoria e forma i cosiddetti statuti; questi legano qualsiasi amministrazione della fondazione, che appunto essendo organo di questa è sottoposta ad essi.

* * *

Per ciò che riguarda particolarmente il nostro diritto, possiamo ricordare che la pratica attuale zurighese sembra voler trattare la fondazione fiduciaria come una semplice fondazione: questa opinione la porta ad esigere tutti i requisiti del negozio di fondazione ed a creare una persona giuridica là dove ciò non era la vera intenzione del fondatore [50]). Nella pratica del Tribunale Federale sono pure comparse le fondazioni fiduciarie; vanno annoverate qui le fondazioni stagionali a favore del capitolo della chiesa di St. Ursus di Soletta, persona morale autonoma, gravate dall'onere che il Capitolo abbia a leggere messe nella ricorrenza della morte di certe persone, per un tempo indeterminato. Il Tribunale Federale ritiene che giuridicamente queste fondazioni pie non sono persone morali autonome, ma liberalità gravate da un onere obbligatorio per il beneficato; esse dunque sono da considerarsi come donazioni o disposizioni a causa di morte « sub modo » [51]).

Possiamo citare inoltre la sentenza del Tribunale Federale circa la fondazione del conte polacco Ostrowski a favore del museo nazionale polacco di Rapperswil; anche in questo caso il Tribunale Federale ritiene questa fondazione come una parte speciale della proprietà del museo nazionale polacco gravata da un onere; infatti il testamento istituisce espressamente quale legatario universale questo museo, e anzi quale unico legatario universale, cioè praticamente quale unico erede [52]).

Da ultimo vogliamo osservare che legislazioni le quali non conoscono l'istituto della fondazione quale persona morale [53]), hanno introdotto l'istituto delle liberalità a favore di corporazioni con precisi regolamenti dello scopo di esse; la durata della corporazione dà la garanzia per la realizzazione duratura dello scopo della fondazione; in altre parole: la fondazione fiduciaria sostituisce la fondazione autonoma giuridicamente non ammissibile.

---

50) Vedi Schweizerblätter für handelsrechtliche Entscheidungen, volume 18, pagina 9.

51) Vedi volume 9, pag. 360. Sentenze Tribunale Federale.

52) Vedi volume II, pag. 241. Sentenze Tribunale Federale.

53) Come per es. il diritto francese; ciò vale pure per lo sviluppo storico della fondazione nel diritto romano.

Nota: La fondazione fiduciaria trova applicazione nell'articolo 539,2 CCS, il quale è del seguente tenore: « Le liberalità fatte per uno scopo determinato ad una pluralità di persone che non costituisce personalità giuridica sono acquisite alle singole persone che vi appartengono, per essere applicate al fine stabilito dal disponente, ed ove ciò non sia fattibile, valgono come fondazione ».

Vogliamo trattare brevemente questo capoverso. Dobbiamo subito tener distinti due casi:

1) la liberalità vien fatta ad una pluralità di persone senza l'aggiunta di un determinato scopo: essa passa senz'altro, sia direttamente, sia indirettamente alle singole persone;

2) la liberalità vien fatta invece con vincolo ad un determinato scopo.

In questo caso la legge cerca di assicurare l'attuazione dell'ultima volontà con una interpretazione possibilmente più larga della stessa: tale interpretazione può farsi per due vie: ove sia compatibile con la destinazione della liberalità, questa vien divisa fra i singoli beneficati con l'imposizione a ciascuno di un onere corrispondente; in questo caso non si è in presenza di una fondazione. Ove però questa divisione potesse mettere in pericolo lo scopo della liberalità, si dovrà ritenere che il testatore abbia voluto istituire un titolare speciale della liberalità, indipendente dal gruppo dei beneficati con l'onere di adempiere lo scopo: in altre parole abbiamo qui una fondazione fiduciaria [54]) ai termini dell'articolo 493 CCS. Quale titolare può entrare in linea di conto una persona sia fisica che morale, e questa a sua volta sia pubblica che privata (cantone, comune, società).

§ 10. Onere e legato.

L'onere successorio ha in comune con il legato molti punti di accostamento. Per questa sua somiglianza con il legato, si deve in più questioni far ricorso alla regolamentazione di quest'ultimo [55]). Riuscirà quindi piuttosto difficile il poter tracciare un confine netto fra i due concetti.

---

54) Vedi Tuor - op. cit., note 6—10 all'art. 539.
55) Tuor. - Il diritto successorio del CCS, nota 38 all'art. 482.

Innanzitutto, noi possiamo stabilire con sicurezza questo punto: che cioè in entrambi i concetti la persona che ne è gravata, vien obbligata ad una prestazione. Questa somiglianza si appalesa segnatamente negli oneri per sè stanti. L'onere e il legato inoltre, secondo gli art. 482 e 484 CCS, devono essere posti dal testatore in una disposizione a causa di morte e rappresentano in tal modo obblighi giacenti sopra lasciti. Un altro fattore di somiglianza tra i due istituti sta nel fatto che per il contenuto della prestazione vi sono principî del legato applicabili all'onere: così particolarmente le disposizioni riguardanti l'obbligo di fornire al legatario determinate cose comprese nell'eredità, il legato a libera scelta, alternativo o globale. Anche rispetto alla responsabilità della persona gravata da un onere vale quanto nel caso del legato; infine valgono pure i principî esposti dall'art. 486 circa i rapporti del legato con la successione. Esporremo più distesamente questi concetti parlando della formazione e degli effetti dell'onere, nella terza parte del nostro lavoro.

Malgrado questi rapporti di analogia corrono tuttavia tra i concetti dell'onere e del legato due profonde differenze, sebbene scopo ed effetto di entrambi siano uguali: nel legato, di fronte a chi ne è gravato sta un beneficato, cioè una persona a cui si conferisce *un diritto di natura obbligatoria* di pretendere la prestazione (art. 562). Tale beneficato al contrario manca nell'onere, e non solo nell'onere imposto nell'interesse del testatore, del beneficato o di una illimitata cerchia di persone, ma anche di quelli imposti a favore *di determinati terzi*. Questi sono solamente dei destinatari, non dei creditori della prestazione; con ciò non è esclusa, come vedremo in seguito, l'azione d'adempimento da parte degli interessati. Soltanto il legato e non anche l'onere è quindi un atto di liberalità.

La differenza essenziale precitata risulta già chiaramente dalla definizione di onere [56]) e dal capov. 1 dell'rat. 482 CCS; nella prima è detto espressamente «in guisa da non conferire a nessun terzo un diritto di pretendere la prestazione di cui si tratta», mentre nell'art. 484,1 sta: « il disponente può assegnare a titolo di legato una liberalità ad una persona senza istituirla erede ».

Per ciò che riguarda la persona del gravato da un onere o da un legato, possiamo affermare che nel caso di un legato la persona del beneficiario deve comparire ben distinta e netta dalla disposizione del testatore [57]). Questi non può sottoporre la sua disposizione all'interpretazione od alla giusta perspicacia di una terza persona: può infatti nascere il pericolo che la decisione del terzo non corrisponda

56) Vedi § 5 sul concetto dell'onere.
57) Vedi Escher - Commentario del CCS, nota 5 all'art. 484

alle intenzioni del testatore, anzi potrebbe essere addirittura contraria ad esse. Questa opinione è quella di molte moderne legislazioni. Sebbene il nostro codice non contenga nessuna norma positiva circa questo problema, l'opinione sopraesposta venne tacitamente accettata anche dal legislatore svizzero.

Il codice civile tedesco, quello austriaco ed il diritto comune sono invece contrari a questa opinione.

L'art. 2151,1 del codice civile tedesco dice infatti: « Il testatore può beneficare più persone con un legato, in guisa che il gravato o un terzo abbia a stabilire, quale di queste persone debba ricevere il legato ». D'altra parte l'art. 2193,1 del codice civile tedesco stabilisce: « Il testatore può, nell' imporre un onere di cui egli abbia fissato lo scopo, lasciare al gravato o ad un terzo il compito di fissare la persona beneficata ». Dal tenore di entrambi gli articoli risulta che per il primo, cioè per il legato, la cerchia delle persone che potrebbero essere beneficate è abbastanza limitata (mehrere Personen), mentre per il secondo articolo, ossia per l'onere, questa restrizione non esiste. Colui che deve compiere la scelta della persona, decide a suo piacimento: una ulteriore prova del giudice è esclusa. Restano però riservati gli ordinamenti e le indicazioni particolari del testatore.

I Motivi giustificano questa scelta del beneficiario da parte di un terzo [58]), asserendo che al testatore, il quale non può prevedere la futura conformazione delle circostanze singole, debba essere permesso di ricorrere al giudizio di terzi degni della sua fiducia e armati di acume. In simili casi entra maggiormente in considerazione lo scopo della disposizione che la persona del gravato.

Ora, se, d'altra parte, il testatore, sottoposto al CCS, non vuol invece fissare espressamente il beneficiario, sia perchè egli non può prevedere le circostanze future, sia perchè questa determinazione non si accordi con lo scopo da lui voluto nella sua disposizione, sia per altri motivi, egli deve servirsi dell'onere. Infatti secondo l'articolo 482 CCS, l'adempimento di questo può essere richiesto da qualsiasi interessato. Sta bene che l'autorizzato non ha dall'onere nessun diritto d'esecuzione di fronte al gravato, ma ha a disposizione tuttavia un'azione d'adempimento dell'onere. Da parte sua, il testatore è libero di nominare un esecutore testamentario il quale a tenore degli art. 517, 518 CCS è tenuto a far rispettare ed eseguire la volontà del defunto, e quindi anche gli eventuali oneri che il de cuius abbia ordinato; con questo modo si può raggiungere lo stesso scopo come con quello del codice civile tedesco e austriaco.

Da quanto è stato detto finora, possiamo stabilire un'altra differenza intercorrente fra onere e legato: che cioè con l'onere vien data maggior importanza allo scopo della disposizione, mentre con il

58) Vedi Motivi del cod. civ. ted. volume 5, pag. 30-34.

legato si vuol favorire una determinata terza persona. A maggior ragione dunque solo il legato e non l'onere è un negozio di liberalità.

Un'altra differenza essenziale tra onere e legato consiste nel fatto che, ordinando un legato, il testatore presuppone la disposizione di un vantaggio patrimoniale a favore del beneficato, mentre egli, ponendo un onere, non è tenuto a far pervenire sempre una liberalità: per es. un tale può imporre nel testamento l'onere a una data persona di ordinare il suo monumento funebre presso un certo scultore povero, affinchè questi abbia a guadagnare qualche cosa; oppure egli può obbligare una sua persona di fiducia, mediante un onere, di aprire e di pubblicare certi documenti dopo la sua morte. La prestazione creata dall'onere potrebbe anche essere di natura ideale.

Da queste considerazioni, si può dedurre che l'oggetto della prestazione di un legato può essere anche contenuto in un onere, mentre l'oggetto della prestazione di un onere non può essere necessariamente contenuto in quella di un legato. Una semplice conseguenza della diversa natura dei due istituti giuridici è appunto il fatto che il contenuto del legato può semplicemente consistere nel procacciare un vantaggio patrimoniale a una certa persona, mentre, e lo ripetiamo, il contenuto di un onere, in relazione alla grande importanza dello scopo di questo, può estendersi su tutto il campo degli effetti di natura obbligatoria.

Fu osservato da taluni che grande somiglianza esiste tra l'onere e il legato posto a carico di un primo legatario. Nei suoi effetti pratici è indubbiamente vero che dall'onere sorta talora l'esito del legato: così l'onere che obblighi ad una prestazione positiva. Ma il criterio che differenzia in diritto le due istituzioni è il seguente: nel legato posto a carico di un primo legatario, il secondo beneficato è un legatario vero e proprio al pari del primo, in relazione al quale egli possiede tutti i diritti che il primo ha contro l'erede, in particolare il diritto proprio di esigere il pagamento del legato con tutti gli effetti giuridici inerenti (art. 562 CCS). L'onere invece conferisce alle persone indicate un diritto mediato all'esecuzione della prestazione, che può risolversi, è vero, nella prestazione a loro favore, ma che è diretto in prima linea ad ottenere il rispetto della volontà del testatore. La differenza tra le due azioni risulta ancora meglio dal fatto che la prima, in caso di mancata consegna degli oggetti legati, può tendere ad un risarcimento dei danni, mentre la seconda è scopo e fine a sè stessa.

Quando sarà dubbio se il testatore abbia voluto ordinare un onere o un legato, si dovrà indagare quale sia la vera volontà del de cuius, e particolarmente se egli abbia voluto creare per il beneficato un diritto creditorio o meno.

PARTE SECONDA

FORMAZIONE E CONTENUTO DELL'ONERE SUCCESSORIO

§ 11. La formazione dell'onere.

Nell'analisi della costruzione giuridica dell'onere e dell'obbligo creato da questo, sono importanti le domande sotto quali presupposti materiali oppure su quale fondamento si forma l'onere, e con quale momento giuridico l'obbligo oneroso si tramuta in una immediata prestazione.

Per quel che concerne la formazione dell'onere si possono distinguere due opinioni opposte. La prima opinione parte dal concetto che l'onere è una clausola del testatore, la quale rappresenta una disposizione sul patrimonio lasciato in eredità. Quando il de cuius procaccia una liberalità a qualcuno, egli deve avere il diritto di porre speciali prescrizioni nei limiti di questa, con le quali il beneficato viene obbligato ad una prestazione. Con questo egli non intacca la sfera legale ed economica del gravato. L'obbligo ad una prestazione nasce nel momento in cui è presente una liberalità. La cerchia dell'obbligatorietà dell'onere trova il suo limite oggettivo nella cerchia della prestazione, dato il caso che l'onere abbia un valore patrimoniale. Coloro che sono partiti da questa costruzione generale, hanno concepito l'onere come una clausola del testatore basata sulla autolimitazione della volontà (Savigny) [59]), oppure hanno considerato questa clausola come un aggravio oggettivo posto su di una liberalità.

Una via completamente opposta batte l'altra opinione, la quale ascrive all'onere una certa somiglianza con i contratti. L'onere, secondo essa, possiede solo efficacia dal momento in cui il gravato abbia preso posizione con una dichiarazione o un atto assentorio

59) Vedi la dottrina di Savigny nel § 2.

da parte sua. Nella esecuzione consequente di questa dottrina [60]) si fa nascere l'obbligo d'adempimento dell'onere anche senza farlo dipendere materialmente dalla prestazione; l'oggetto dell'onere perciò può sorpassare il valore della liberalità, senza che ne venga diminuita l'obbligatorietà.

Per quanto riguarda la posizione del nostro codice, possiamo affermare che la definizione da noi data nel § 5 in base al commentario del Prof. Tuor [61]) non dà nessuna risposta esauriente. Essa dice infatti: « L'onere è un obbligo imposto dal testatore a un erede legittimo o istituito o ad un legatario di prestar qualche cosa, in guisa da...» non è detto: « in una liberalità successoria...» oppure: « l'onere è un obbligo di prestazione da effettuarsi mediante una liberalità ... ». Si potrebbe, secondo la definizione sopracitata, ritenere come possibile un obbligo di prestazione che nasce per mezzo di una disposizione di ultima volontà senza nessuna connessione ad una liberalità e che conserva la sua indipendenza sia riguardo alla sua sostanza come alla sua proporzione. Questa opinione, secondo il nostro punto di vista, potrebbe essere rafforzata da quanto è detto nella nota 27 del commentario del Prof. Tuor [62]), per cui l'impossibilità di un onere non annulla la disposizione che contiene questo onere, se però tale era la volontà del testatore: questa asserzione afferma infatti l'indipendenza fondamentale (sia formale che materiale) della disposizione onerosa in essa contenuta. Una conseguenza immediata di ciò potrebbe essere il contrario: l'indipendenza dell'onere di fronte alla impossibilità o inefficacia della liberalità. Questa idea è, secondo la nostra opinione, giusta dal punto di vista formale: da quello materiale invece si ottiene un altro risultato, considerando il concetto stesso di onere. Dobbiamo perciò analizzare la liberalità quale presupposto dell'obbligo onerario. Con un onere, abbiamo visto, può essere gravato chi è erede o legatario. L'eredità, come pure il legato, rappresenta una devoluzione di un profitto giuridico [63]), il quale diventa una liberalità se esso avviene in base a una espressione privata di volontà. Quindi la istituzione d'erede o l'ordinamento di un legato creata per mezzo di una disposizione a causa di morte è perciò una liberalità. (Unentgeltliche Zuwendung). Non c'è inoltre nessuna ragione di togliere questo carattere anche alla successione legale, se il testatore ha per iscopo quest'ultima, tralasciando una disposizione a causa di morte contraria; in questo

---

60) Lammfromm ha potuto provare che questa dottrina si rispecchia dal punto di vista pratico nel diritto romano.

61) Tuor. - Commentario del diritto successorio, nota 6 all'art. 482 CCS.

62) Tuor. - Opera cit. nota 27.

63) Non è necessario che questo profitto racchiuda in sè anche un vantaggio patrimoniale.

tralasciare si deve scorgere una tacita espressione di volontà. Si potrebbe perciò vedere pure un liberalità quando il testatore dimentica consciamente di porre una disposizione a causa di morte, anche nel semplice lascito di una eredità senza l'aggiunta di una liberalità.

Dunque con un onere può essere gravato colui il quale riceve una liberalità, non importa se questa avvenga espressamente o tacitamente. Se quindi nella definizione di onere è detto: « L'onere è un obbligo imposto dal testatore al gravato di fare una prestazione...», questo obbligo nasce sotto il presupposto che il gravato in seguito al caso di successione riceva un diritto creditorio. Se invece il gravato, sia esso erede o legatario, cessa di avere questo diritto, perde anche l'obbligo di adempiere l'onere. Non si può dunque senz'altro capovolgere il principio sopraccennato riguardante l'indipendenza della disposizione a causa di morte e allargarlo corrispondentemente all'onere; la liberalità resta di regola valida, anche se l'onere ad essa aggiunto, diventa inefficace (sempre sotto la supposizione che così era la volontà del de cuius). Al contrario non nasce l'obbligo oneroso per il gravato se la liberalità (cioè il suo diritto) cade; o in altre parole: l'onere può divenire efficace solo assieme al diritto del gravato alla liberalità; questa invece è efficace anche senza l'onere. Il gravato ritiene di regola la liberalità anche se egli non deve affatto adempire l'onere; non è però obbligato a questo adempimento, se non riceve la liberalità promessa. Si può dunque in questo senso parlare di una autonomia materiale della liberalità, ma non senz'altro di una autonomia dell'onere.

Questa soluzione non contraddice all'art. 486,2 CCS il quale è applicabile per analogia anche all'onere [64]). Questo articolo dice che « il legato (nel nostro caso l'onere) conserva il suo effetto ancorchè i debitori dello stesso siano premorti al disponente o si siano resi indegni od abbiano rinunciato al loro diritto ereditario ». L'onere, in questo caso, deve venir adempiuto dalla persona che subentra a quella che scompare o dalla persona a cui giova la scomparsa di questa, o, se nessuno subentra, dall'ufficio dei fallimenti (art. 573), ritenuto naturalmente in quest'ultimo caso che i beni ereditari bastino all'uopo. Anche qui il presupposto per la formazione dell'onere è dunque un diritto ereditario. Il principio enunciato dall'art. 486,2 CCS ha per scopo di favorire l'estensione della volontà testamentaria, rendendo elastica l'imposizione di un aggravio ad una persona; inoltre esso vuole la realizzazione della volontà del de cuius, lasciando valido l'onere, il quale per conseguenza dovrebbe cadere: questa sua protezione basta però fin là dove lo vuole lo scopo, cioè la volontà del testatore. Se infatti costui ha disposto che

64) Tuor. - Op. cit. nota 12 all'art. 486.

l'onere abbia a restar valido nel modo in cui egli lo aveva fissato nella disposizione, allora il principio esposto nell'art. 486,2 CCS cade; e cade pure nel caso che il testatore abbia voluto gravare solo una determinata persona, trattandosi di un onere avente per oggetto certi servizi personali. Così, per es.: un tale lascia in eredità a un amico storiografo una somma di fr. 10.000,— con l'onere di scrivere la storia della sua città natale: se ora questo storiografo non diventa, per una causa qualsiasi, legatario, l'onere non passa alla persona che deve subentrare a quella che scompare, poichè esso era stato imposto esclusivamente alla persona dello storiografo.

* * *

Veniamo ora alla domanda, per mezzo di quale momento giuridico l'onere riceve la sua forza impegnativa, posto che i presupposti materiali e formali per la sua formazione siano adempiuti. Per rispondere a simile postulato dobbiamo tener presente, oltre alla definizione stessa di onere, il fatto che l'onere può essere posto sia in un testamento, sia in un contratto successorio [65]). La legge fa quindi sorgere l'obbligatorietà dell'onere per mezzo della disposizione testamentaria, dunque per mezzo di una espressione di volontà unilaterale e crea di conseguenza un'eccezione del principio fondamentale secondo il quale occorre concludere un contratto tra le due parti per creare una relazione debitoria: certamente anche l'onere origina una simile relazione, in guisa che non il beneficato riceva un vero diritto creditorio, ma che terze persone possano richiedere la prestazione imposta al gravato. Il principio, secondo il quale una obbligazione può essere creata solo per mezzo di un contratto, cioè per mezzo della collaborazione volontaria del futuro debitore, non trova applicazione nell'onere. L'obbligazione proveniente da un onere successorio si forma piuttosto quando, come testè lo abbiamo considerato, il gravato, quale erede o legatario, riceva un diritto creditorio ad una certa parte dell'eredità. Questa obbligazione nasce nel momento voluto dal testatore, senza che il gravato debba dapprima accettare l'eredità o il legato.

Il testatore che vuol porre, nella sua disposizione, un onere, dovrà tener conto dei requisiti formali necessari per l'erezione di disposizioni a causa di morte, contemplati negli art. 498-515 CCS.

---

65) L'onere può anche essere l'unico contenuto di una tale disposizione, nel caso che il de cuius ponga certe prescrizioni agli **eredi legittimi.** Ne segue che l'espressione dell'art. 482, per cui il testatore può « aggiungere » oneri alle sue disposizioni vale solo per le condizioni, le quali come abbiamo visto nel § 6, sono **sempre** clausole accessorie.

§ 12. Contenuto dell'onere.

Contenuto di un onere può essere tutto ciò che può venir considerato quale oggetto di un diritto d'obbligazione; l'obbligo vien imposto alla persona del gravato. Se l'onere contiene un beneficio per una terza persona, questa, come abbiamo visto, non possiede nessun diritto creditorio di esigere l'adempimento dell'onere.

Il gravato è dunque obbligato a compiere una prestazione. La definizione di onere non aggiunge al vocabolo « prestazione » alcuna restrizione o spiegazione del suo significato. Questa, d'altra parte, può essere oltre che di contenuto positivo (cioè consistere in un « fare ») di contenuto negativo (« non fare »): l'onere in questo caso obbliga il gravato a tralasciare alcun chè, come per es.: a non alienare una casa (valido però, a nostro giudizio, solo con effetto di diritto obbligatorio; un divieto di alienazione affatto illimitato sarebbe certo da considerare come contrario ai buoni costumi e da trattare ai termini del secondo capoverso dell'art. 482) [66]).

Non è necessario, come abbiamo già accennato altrove, che l'onere sia accompagnato da un beneficio patrimoniale per l'interessato, poichè è un'esigenza del progresso dei tempi che per mezzo della prestazione vengano recapitati non solo beni materiali, ma anche ideali, il significato e il valore dei quali aumentano con la cultura e la civiltà [67]). (Per es.: la cessazione di certe azioni allo scopo di favorire le migliori relazioni di vicinato). L'onere avente per contenuto il procacciamento di beni spirituali non deve naturalmente ledere la libertà personale, che scaturisce dal contenuto generale della legge e dai diritti umani generali [68]), in modo da essere contrario ai buoni costumi [69]). L'onere dunque deve, in questo senso, contenere un interesse degno di protezione.

---

66) Vedi Tuor. - Op. cit., nota 6 all'articolo 482.

67) Il testatore può anche imporre al gravato un onere il quale abbia lo scopo di stimolare fra gli uomini sentimenti umanitari e patriottici. Così il legato del dottor Alfredo Binet-Fendt di Ginevra di fr. 10.000 a favore del Consiglio Federale con l'onere che ogni cinque anni venga distribuito una somma, detta premio del Dr. Binet-Fendt, all'autore dell'atto civico o dello scritto che il Consiglio Federale giudicherà, il più adatto a conservare tra i cittadini la pace, l'unione, il mutuo soccorso o di svegliare nei loro spiriti sentimenti d'amor patrio e di sacrificio per il benessere della nazione.

68) L'onere di esercitare il diritto di voto in un certo senso piuttosto che in un altro è di contenuto inamissibile.

69) Per es. l'onere contenente l'obbligo di non andare a passeggio, di non far dello sport, di non sposare una data persona ecc. è contrario ai buoni costumi; valido invece potrebbe essere l'onere di non azzardare una certa somma in giuochi: qui infatti questo « non fare » può rappresentare un dovere morale. (Il padre, per es. che giocando potrebbe danneggiare il patrimonio della sua famiglia.)

In molti di questi casi il de cuius non vorrà creare alcun obbligo legale; ma anche là dove egli aveva l'intenzione di imporre al gravato un obbligo, questo non si verificherà, se manca quell'interesse degno di protezione. Ciò sarà anche il caso, quando si tratta di azioni o di ommissioni che non possono essere di natura contrattuale: problemi della coscienza, della religione, del sentimento come per es.: amore, amicizia, oppure oggetti che formano il fondamento dello stato e della famiglia o che presuppongono la libera convinzione o la libera volontà.

Contro quanto abbiamo detto ora, sembra essere l'opinione di Dernburg [70]), per cui il testatore può persino imporre al suo erede l'onere di adottare un ragazzo: quest'opinione vien combattuta d'altra parte da Crome [71]), da Strohal e da Kipp; quest'ultimo afferma infatti: « Wenn jemand den Erben oder Vermächtnisnehmer mit persönlichen Leitstungen beschwert, die jenseits der Vermögensphäre liegen, so steht die Erfüllung der Auflage lediglich im Gewissen des Beschwerten »[72]).

L'onere aggiunto ad una disposizione deve necessariamente essere espresso in maniera tale da poter apprendere con chiarezza il suo contenuto voluto dal de cuius. Vedremo appunto in un prossimo paragrafo come oneri insensati e incomprensibili vengano ritenuti come non apposti (art. 482,3).

Il testatore stesso deve fissare il valore dell'onere da lui imposto, la persona beneficata e l'oggetto che egli ha voluto disporre. A questa regola, per cui il testatore non può lasciare ad un'altra persona il compito di determinare l'oggetto della prestazione, fanno eccezione due specie di onere: *l'onere a libera scelta e l'onere di specie,* che corrispondono ambedue, per analogia, alle rispettive e medesime specie di legati contemplate nell'art. 484,2 CCS:

a) *L'onere a libera scelta.* Il testatore può imporre un onere in modo che il ricettore della prestazione (beneficato) deve ricevere, di parecchi oggetti, solo o l'uno o l'altro. Questo onere a scelta crea un'obbligazione alternativa regolata dall'art. 72 CO. Gli oggetti, dei quali o l'uno o l'altro devono essere prestati, non devono trovarsi necessariamente in una relazione analoga con la massa dell'eredità. Essi possono essere fissati tutti assieme oppure individualmente o secondo la loro specie. È però possibile che essi siano determinati, una parte individualmente e una parte secondo la specie. Inoltre, poichè il concetto di onere esige solamente una prestazione, è pure

---

70) Dernburg - Pandekten, vol. III, Berlino 1887.

71) Crome - System des bürg. Rechtes, Tübingen 1912.

72) Kipp - Festschrift. Wer kann nach deutschem Recht mit Vermächtnissen belastet werden. Erlangen 1901.

ammissibile che il gravato venga obbligato alla prestazione di oggetti, che non appartengono ancora all'eredità. Ora, la volontà del testatore può essere stata diretta fin da principio a porre un onere a scelta; è però anche concepibile che il testatore dapprima abbia voluto la prestazione di un certo oggetto: ma dato che nell'eredità si trovano parecchi simili oggetti, non si potrà sapere con sicurezza quale oggetto egli abbia voluto intendere. In questo caso si è pure in presenza di un onere a scelta. Per es.: il testatore lascia ad una persona uno dei suoi tre cavalli, senza fissarne il nome in modo specifico. Il gravato di questo onere non sa precisamente quale cavallo il testatore abbia inteso [73]).

La legge non dice con quale modo debba essere fatta la scelta dell'oggetto; perciò è pure ammissibile che il testatore ponga che la scelta non debba essere fatta da persone, ma con altri mezzi, per es. con la sorte. Quali persone autorizzate alla scelta vengono in considerazione il gravato, il beneficato [74]) oppure una terza persona [75]).

Le prescrizioni dell'art. 72 CO., trovano applicazioni nella prestazione del gravato di un onere a scelta. Se il de cuius non ha determinato la persona, che debba avere il diritto di scelta, questo passa al gravato. Un simile diritto non ha puramente valore personale, ma può essere trasmesso a successori o ad eredi. Per mezzo della scelta l'obbligo onerario del gravato si concentra sull'oggetto scelto, mentre l'altro oggetto è a libera disposizione del gravato. Se costui ora è in mora, il beneficato può intentare un'azione alternativa. Ma poichè l'esecuzione può concernere solo una certa prestazione, non si potrà procedere per pignoramento. Il beneficato, cioè il creditore, non può far altro che muovere un'azione la quale obblighi il gravato a passare alla scelta entro un limite di tempo fissato; in caso contrario la procedura cantonale può determinare la persona avente il diritto di scelta.

Se vi sono più gravati aventi il diritto di scelta si dovrà vedere se l'onere possa essere adempiuto per mezzo di prestazioni parziali e se, secondo l'intenzione del de cuius, ogni gravato abbia il diritto di scelta in relazione alla sua prestazone parziale, oppure se la scelta possa avvenire su tutta la prestazione onerosa. Nel pruno caso ognuno ha il diritto di scelta sulla propria parte, nel secondo invece i gravati, che formano una comunità nel senso usuale oppure una comunità di eredi, dovranno accordarsi sulla scelta.

---

73) Oser - Kommentar zum OR, nota 3 all'art. 72.

74) Nel caso che il beneficato debba scegliere, si è piuttosto propensi a ritenere che si tratti non di un onere a scelta, ma di un legato a scelta.

75) Secondo Escher, la scelta non deve poter essere trasmessa ad una terza persona. (Nota 12 all'art. 484).

b) *L'onere di specie.* Si ha un onere di specie quando la prestazione imposta sia determinata solo genericamente, cioè per quantità e qualità, senza riguardo se la cosa da prestarsi si trovi o meno nel compendio dell'eredità. Per es.: il testatore lascia ai suoi amici 50 bottiglie di vino, quantunque egli non possegga alcuna cantina. In questo caso il gravato deve procacciare e fornire l'oggetto. Possono venire in considerazione cose fungibili e non fungibili. Per l'onere di specie inoltre valgono le prescrizioni contenute nell'articolo 71 CO per il debito di specie.

In quest'ultimo la determinazione della prestazione vien fatta secondo la qualità e la quantità. Riguardo alla qualità l'art. 71,2 dice che il debitore non deve offrire una cosa di qualità media, ma che però non è tenuto ad offrire una qualità ottima. Questo principio è, nel dubbio, applicabile anche agli oneri di specie. In base all'interpretazione può tuttavia darsi che il testatore abbia voluto tener conto delle condizioni e dei bisogni personali del beneficato; il Codice Civile tedesco pone a proposito una supposizione nel paragrafo 2155, la quale non è applicabile al nostro diritto [76]).

Il diritto di scelta è di competenza, nel dubbio, del gravato (art. 71 CO). È possibile anche l'onere di specie di genere misto (gemischt generische Gattungsauflage) per cui si deve prestare un certo quantitativo di oggetti appartenenti ad una provvista limitata, per es. ad una eredità. (Es.: due scatole di sigari dalla mia provvista). Se la cosa da prestare non si trova nella massa ereditaria, si potrà allora applicare analogamente il tenore dell'art. 484,3 CCS, cioè l'onere potrebbe essere ancora mantentuo, se la volontà del testatore si prefigge in modo chiaro l'imposizione di un onere di procacciamento (Anschaffungsauflage).

Un onere di specie è di regola anche *l'onere di denaro:* non importa che la somma di cui si tratta si trovi o no nell'eredità. L'onere di specie coinvolge un onere di procacciamento.

È però possibile altresì che la volontà del testatore sia nel senso che si debba solo prelevare dall'eredità l'oggetto genericamente determinato (per es. 10 bottiglie dalla mia cantina). L'obbligatorietà del legato dipende allora dal sapere se oggetti di tale specie si trovino nella eredità, a meno che il testatore abbia voluto assicurare un risarcimento per il caso di impossibilità d'adempimento in natura.

---

76) Nel primo cap. di questo art. è infatti detto: « Hat derErblasser die vermachte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so ist eine den **Verhältnissen des Bedachten** entsprechende Sache zu leisten ».

§ 13. Persone agenti.

Quali persone agenti nell'istituto dell'onere successorio possono entrare in considerazione le tre seguenti :

a) l' impositore dell'onere ossia *il testatore;*

b) il detentore dell'onere ossia *il gravato;*

c) la persona ricevente la prestazione ossia *il beneficato.*

Consideriamo ora ad uno ad uno questi tre soggetti giuridici:

a) *Il testatore.* È la persona che per mezzo della sua espressione di volontà privata, crea la disposizione contenente l'onere; e poichè l'onere successorio ha efficacia solo per mezzo di una disposizione a causa di morte, questa persona è necessariamente il testatore. Un altro soggetto, all' infuori del de cuius, è da escludersi in modo assoluto. Per quel che riguarda l'efficacia giuridica di un onere, imposto dal testatore, si deve distinguere tra l'onere contenuto in un testamento (disposizione unilaterale) e l'onere posto in un contratto successorio (disposizione avvenuta contrattualmente): infatti, secondo l'art. 467 CCS può erigere un testamento, anche solo con una dichiarazione orale in forma pubblica, colui il quale abbia compiuto il diciottesimo anno, mentre per un contratto successorio l'art. 468 CCS richiede la maggior età da parte del disponente, dovendo costui concludere il contratto personalmente (ogni rappresentanza di una terza persona essendo esclusa); in quest' ultimo caso non vengono quindi in considerazione persone poste sotto tutela sia perchè deboli intellettualmente, ammalate di mente, bevitori, o persone dissipatrici: ciò che non fa il caso per il testamento, il quale può venir steso dalle persone suddette nei cosidetti « lucida intervalla ».

b) *Il gravato.* Con un onere possono venir gravate tutte le persone che posso entrare in considerazione quali legatari (art. 484 CCS) e gli eredi, sia legittimi, testamentari o contrattuali.

L'erede contraente ha facoltà, se il testatore gli impone un onere, dopo la conclusione del contratto successorio, di contestare l'adempimento dello stesso (art. 494,3), supposto però che questo onere non sia conciliabile con le obbligazioni create dal contratto successorio. Non fa stato se, nella imposizione di oneri ulteriori, si tratti o meno di una soppressione o di un semplice nocumento a danno dell'erede contraente e così pure se questi oneri siano in favore di un terzo o meno.

L'erede contraente non deve essere gravato, contro sua volontà, da oneri ulteriori al contratto concluso. D'altra parte il testatore contraente non perde con ciò in modo assoluto la facoltà di porre

disposizioni onerose; egli non può solamente gravare l'erede con oneri, che non siano conciliabili con le obbligazioni contenute nel contratto successorio. Questa inconciliazione non si avvera tuttavia nel caso (e quindi un onere ulteriore può essere valido) che questo onere si riferisca ad un'altra parte dell'eredità o ad un altro oggetto diverso da quello pattuito nel contratto; l'onere ulteriore può inoltre acquistare validità, se in seguito il contratto successorio diventi inefficace a causa della premorienza dell'erede (art. 515 CCS) oppure della rinuncia o dell'annullamento del contratto successorio (art. 513 CCS). Secondo l'opinione di Escher [77]) si potrebbe porre la domanda se certe disposizioni onerose, come per es. oneri a scopi religiosi o di utile comune, corrispondenti ai costumi ed alle condizioni finanziarie del testatore, non possano essere contestate dal gravato, sebbene non siano conciliabili col contratto successorio già esistente. La contestazione di oneri non conciliabili con il contratto successorio avviene per mezzo dell'azione di riduzione.

Proseguendo, troviamo l'art. 544 CCS il quale dice che l'infante è capace di succedere fin dal momento del concepimento, a condizione che nasca vivo. A costui può essere attribuita al momento dell'apertura della successione l'eredità od una liberalità ad esso spettante, essendo egli erede immediato del testatore; ne consegue quindi che anche il « nasciturus », può essere gravato da un onere. Fino al momento della nascita resterà gravata la persona che ha la salvaguardia dei suoi interessi; normalmente saranno i genitori oppure eccezionalmente uno speciale curatore (curator ventris), oppure gli stessi eredi legittimi, supposto però che la volontà del de cuius non abbia stabilito una prescrizione differente.

Mentre, secondo il diritto romano e quello comune, un donatario a causa di morte e un beneficato per una « condicionis implendae causa » potevano essere gravati da un onere, il nostro codice non contempla simili casi. Infatti se la « donazione » vien assomigliata ad una disposizione a causa di morte, il donatario è allora quasi legatario e se gli viene imposto un onere, egli ne resta gravato.

Se il testatore ha posto un onere nella sua stipulazione testamentaria, ma non ha determinato specificamente la persona che deve essere gravata da questo onere, è l'erede, sia legittimo che sostituito, che deve ricevere questo aggravio.

Il nostro Codice inoltre non regola il caso in cui diversi eredi o legatari vengano gravati dallo stesso onere; si deve certamente ammettere che non è compito del codice di regolare tutte le possibilità immaginabili. A nostro avviso, seguendo la regolamentazione di simile caso del codice civile tedesco (§ 2192 e 2148) gli eredi

---

77) Escher. - Das Erbrecht des ZGB, nota 7 all'art. 494.

dovrebbero esserne gravati in proporzione alle singole parti dell'eredità, e i legatari in proporzione al valore dei singoli legati. Certamente anche qui fa stato la volontà del testatore e le sue intenzioni.

Riguardo alle persone morali, potendo queste essere istituite quali eredi a tenore dell'art. 53 CCS, esse sono in grado di venir gravate con oneri. Così può darsi il caso che se il testatore muore senza lasciar alcun erede legittimo e senza porre alcuna disposizione a causa di morte, il fisco del cantone, a cui egli apparteneva, appaia quale gravato e sia tenuto ad adempiere un eventuale onere.

Secondo il diritto romano e comune l'onere e il legato cadevano di regola quando il gravato scompariva. Il codice civile dispone invece come regola il contrario [78]). Il fatto che l'erede o il legatario gravato non ottengano ciò che a loro spetta nella successione, sia per premorienza (art. 542 e 543), sia per indegnità di succedere (art. 540), sia per rinuncia d'eredità (art. 566 e 577) non vulnera la validità dell'onere; con questo principio tale validità vien resa indipendente dall'arbitrio del gravato; infatti quest'ultimo potrebbe facilmente eluderne l'adempimento dichiarando di rinunciare all'eredità e intendendosi in pari tempo con chi vi subentra sulla ripartizione del vantaggio conseguito con la scomparsa dell'onere. Il diritto comune ha stabilito a proposito certe eccezioni alla regola della caducità dell'onere con la scomparsa del gravato: così l'eredità non riceveva nessun nocumento se l'erede istituito rinunciava alla acquisizione di essa allo scopo di rendere inefficace l'onere contenuto in essa. In questo caso anche il diritto comune prescriveva la stessa regola dell'art. 486,2 CCS.

c) *Il beneficato.* Ci resta ora solo da considerare il terzo soggetto che appare nell'istituto dell'onere successorio, il beneficato, cioè la persona che ritrae un beneficio da un onere. Non è indispensabile tuttavia che in ogni caso vi sia un beneficato: infatti dalla stessa definizione di onere, in cui è detto: «... in guisa da non conferire ad un terzo un diritto di pretendere la prestazione», si può arguire che la parola «un terzo» lasci intravvedere che la legge non presupponga necessariamente un tale; infatti in questo caso la definizione di onere avrebbe dovuto contenere non la parola «a un terzo» ma «*al terzo*». Si deve quindi ritenere che dietro la parola «un terzo» bisogna supporre questa aggiunta: «... nel caso che, secondo le prescrizioni del testatore, un tale esista».

Il beneficato può essere una persona fisica o morale. Il testatore può infatti ordinare la cura di determinati terzi (per es. l'erede deve assumere il vecchio domestico del de cuius e corrispondergli, fin che vuol restar presso di lui, il medesimo salario di prima).

---

78) Vedi nostro accenno a questo principio nel § 12.

Esso può inoltre legare una somma per es. a una società di utilità pubblica con l'onere di creare un asilo per indigenti o per vecchi caduti nella necessità; egli può anche prescrivere che fino alla sua morte l'erede rimetterà ogni anno all'autorità una certa somma destinata a facilitare ricerche scientifiche. Il beneficato può anche essere designato in termini generali e formare un insieme indeterminato di persone o una collettività.

Così per es., il testatore può legare una somma ad una scuola disponendo che gli interessi della somma servino a pagare viaggi annuali; oppure a un battaglione di soldati con l'onere di premiare ogni anno i tre migliori militi. In questi casi l'onere può accostarsi alla costituzione di una fondazione [79]), salvo che solo per questa ultima e non anche per l'onere si crea un nuovo soggetto giuridico come titolare della liberalità. La costituzione e il finanziamento di una fondazione possono però anche venir imposti dal de cuius ad un erede o ad un beneficato nella forma di un onere.

Interessante è pure stabilire, se anche i cosidetti « nascituri » possono essere beneficati da un onere. L'affermazione di questa domanda scaturisce dall'art. 544,1 CCS per cui l'infante è capace di succedere fin dal concepimento. Questo principio valevole per l'erede, potrà essere applicato senza preoccupazione al beneficato da un onere, essendo questo istituto una disposizione a causa di morte.

Vogliamo ora considerare la domanda, se un onere posto nell'interesse del gravato stesso, abbia efficacia giuridica. In questo caso la persona del beneficato si confonde con quella del gravato. *Endemann* [80]) è dell'opinione che non si possa porre un onere nell'interesse del gravato. Egli afferma che l'onere deve obbligare il gravato a compiere una prestazione, la quale non deve contenere un vantaggio del gravato; per l'efficacia di un onere è richiesto, quale carattere necessario dell'obbligo ad una prestazione, la presenza di interessi opposti. Un onere posto nell'interesse del gravato ha, secondo la sua opinione, solamente il valore di un consiglio. Noi riteniamo invece che sia possibile porre un tale onere; infatti il testatore deve avere possibilità di stendere le sue stipulazioni testamentarie, e quindi gli oneri, nella maniera che egli crede la migliore: è sottinteso che le disposizioni non devono essere contrarie ad una prescrizione giuridica o ai buoni costumi. Con ciò non deve cadere l'obbligatorietà per il gravato: per mezzo di questa egli si procaccia un proprio beneficio. Così per es. il de cuius può istituire erede il proprio nipote, con l'onere di mettere, fino alla sua mag-

79) Vedi § 9 sulla fondazione e l'onere.

80) Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Bechtes, vol. III Berlino 1919, pagina 248.

giore età, il montante di ciò che egli ritirerà dalla eredità presso la Banca dello Stato del Cantone Ticino; oppure egli può legare ad un amico la somma di fr. 20.000,— affinchè questi possa pagare i suoi studi di medicina. Spesso una disposizione di questo genere potrà facilmente confondersi con un semplice consiglio (per es. disposizioni circa la cura e l'amministrazione di un podere).

Da ultimo, abbiamo ancora la possibilità che il de cuius può proporsi con l'onere di ordinare i propri interessi o le proprie cure dopo la sua morte. Il beneficato è in questo caso lo stesso testatore. Egli può, per mezzo di un onere, stabilire la somma che i suoi eredi dovranno impiegare per i suoi funerali, le cure da apportarsi per la manutenzione e l'adornamento della sua tomba, ordinare la sua cremazione, l'erezione di un monumento funerario, le messe per i defunti, il mantenimento di animali prediletti: egli può anche proibire l'alienazione di certi oggetti dell'eredità, di una casa, di un'opera d'arte ecc. (si tratta tuttavia di una interdizione relativa, senza efffetti di fronte a terzi e temporanea) [81]).

Da quanto abbiamo sinora considerato, risulta che lo scopo dell'onere deve scaturire dalla disposizione a causa di morte, in quanto che, contrariamente all' istituzione d'erede ed al legato, non deve essere necessariamente espresso in essa un determinato beneficato; la denominazione dello scopo deve dunque essere un surrogato della sua mancante determinazione. Non si dovrà però esigere troppo da questa determinazione dello scopo; basta per es. che un onere sia diretto ad ottenere un benessere comune [82]). La minoranza del Tribunale d'Appello zurighese [83]), (sentenza 9 luglio 1902) ha voluto vedere un onere nella seguente prescrizione testamentaria: « Un terzo del patrimonio ereditato dalla parte materna è da suddividersi in legati. Un elenco dei legatari si trova nella piccola cassaforte nella mia camera ». Dopo la morte del testatore l'elenco fu trovato, ma non conteneva nè firma, nè data e per conseguenza

---

81) Vedi a proposito l'art. 27,2 CCS.

82) Un caso concreto in cui appunto la persona del beneficato è indeterminata e la scelta di questa è lasciata al gravato, rappresenta a proposito il testamento del barone de Grenus, morto a Ginevra nel 1851, in cui egli istituisce quale erede universale la Confederazione, la quale viene gravata dai seguenti oneri: l'eredità deve formare una « Cassa Grenus per gli invalidi », fondo che dovrà servire come supplemento di soccorso per i militi svizzeri bisognosi e invalidi e per le vedove, i figli, i padri, le madri dei soldati morti in guerra. (Egli si riferiva ancora alla guerra del Sonderbund). Inoltre la Confederazione ha l'onere di distribuire gratis e a sue spese fra le principali biblioteche pubbliche d'Europa, particolarmente della Svizzera (come si vede il beneficato è indeterminato) 200 esemplari ben rilegati delle sue « Notices Biographiques », 300 esemplari in bronzo e 100 in argento della medaglia commemorativa coniata in occasione della donazione da lui fatta alla città di Ginevra nel 1847. (Testamento depositato presso l'Archivio Federale).

83) Vedi «Blätter für zürcherische Rechtsprechung», vol. 1, n. 260.

fu giudicato invalido dalla maggioranza. La minoranza però, nella intenzione di proteggere l'ultima volontà del de cuius, ritenne che quest'ultimo avesse voluto lasciare alla persona gravata dall'onere stesso o ad un terzo il compito di fissare il beneficato, a fortiori dunque di rimandarlo ad un documento redatto da lui stesso. La stessa minoranza non escluse anche la possibilità che il de cuius avesse voluto lasciare la scelta del beneficato all'esecutore testamentario (supposto che tale scopo sia stato abbastanza manifesto [84]).

§ 14. Oneri immorali e illeciti.

Ci proponiamo ora di trattare in un paragrafo a se stante la questione di importanza decisiva circa gli effetti delle disposizioni contenenti oneri immorali e illeciti. L'importanza di simile problema risulta anche dal fatto che nel secondo capoverso dell'art. 482, il quale è l'unico articolo riguardante l'istituto dell'onere nel diritto successorio, è fatta menzione di simili oneri. Anche in questo capoverso, come nel primo, l'onere immorale ed illecito vien parificato completamente alla condizione, e si distacca in ciò perfino dal legato. C'è d'altronde una certa contraddizione fra l'art. 482,2 e l'articolo 519 cifra 3, poichè quest' ultimo menziona le disposizioni illecite o immorali, d'una parte, e le condizioni dall'altra parte, (le quali, se esse sono immorali ed illecite, causano per conseguenza la nullità di tutta la disposizione che esse gravano), ma passa gli oneri sotto silenzio. Ora anche il capoverso 2 dell'art. 482 stabilisce che « gli oneri e le condizioni immorali o illecite rendono nulla la disposizione ». È dunque questa regola sempre valida nei casi di oneri apposti ad una disposizione a causa di morte?

Esaminando il concetto di onere, risulterebbe che la inadempibilità a causa della sua natura immorale o illecita colpisce solo l'onere stesso e non ha per conseguenza anche la caducità della disposizione a cui esso è aggiunto. Ciò nonostante il CCS. ha parificato anche in codesta questione l'onere alla condizione. È necessario tuttavia porre al riguardo delle riserve. Questa regolamentazione non può naturalmente essere applicata all'onere imposto ad un erede legittimo (oneri indipendenti). In questo caso esso, per il suo carattere di clausola a se stante, cade semplicemente e il

84) Vedi Moser: art. nella Rivista Svizzera di Giurisprudenza anno XII, pagina 243.

diritto successorio dell'erede legittimo rimane intatto. Per quel che riguarda invece l'onere aggiunto ad una disposizione di ultima volontà, dobbiamo ancora considerare l'articolo precitato 519 cifra 3. Qui, per caso, strano, l'onere non vien equiparato alla condizione, ragione per cui si potrebbe dedurre che l'articolo intenda considerare l'onere come una disposizione per sè stante, la cui inadempibilità ha solo per effetto la sua caducità. Corrisponderebbe meglio all'essenza dell'onere il fatto di potersi basare su questo articolo, poichè l'onere è una disposizione autonoma che non si fonde, come la condizione, con la disposizione principale: così per es. l'immoralità dell'onere contenuto in un legato che ostacola, in senso stretto, solo il suo effetto ma non quello del legato. Ma poichè l'art. 519 contiene solo la sanzione processuale del principio materiale esposto nell'art. 482, deve aver la preminenza quest'ultimo. Questa preminenza dell'art. 482 è anche rafforzata dall'altro fatto che la genesi dell'art. 519 [85]) nonchè il carattere più speciale dell'art. 482,2 quale « sedes materiae » inducono appunto a questa preminenza ed a ravvisare, secondo il nostro parere, nell'art. 519 una inesattezza di redazione [86]).

Praticamente questa soluzione non è però sodisfacente. Si potrebbe ovviare agli scrupoli che essa suscita considerando tale regolamentazione solo come una semplice norma dispositiva. Si è quindi venuti ad un'altra soluzione meno assoluta e più favorevole per la persona gravata: si considera cioè l'onere come caduto, la disposizione stessa invece come giuridicamente valida, se tale era verosimilmente la volontà del testatore, qualora cioè egli avrebbe rinunciato all'onere piuttosto che vedere dichiarata nulla l'intera disposizione. Ciò è da ritenere particolarmente ove si tratti di oneri accessori irrilevanti che vengono aggiunti a liberalità considerevoli. Si arriverebbe in tal modo ad un risultato uguale a quello del § 2195 codice civile tedesco; partendo però dal presupposto inverso. Questo paragrafo dispone infatti con ragione: «Die Unwirksamkeit einer Auflage hat die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde », paragrafo che Planck [87]) accompagna della seguente osservazione: « Der § 2195 bringt die Natur der Auflage als selbständige Verfügung zum Ausdruck ».

---

85) Nel progetto parziale, l'art. 472 dice: «l'azione di nullità è data ... anche a riguardo delle disposizioni immorali o illecite, sia per il loro contenuto, sia per le clausole aggiuntevi».

86) Vedi Tuor - op. cit., Nota 27 all'art. 482.

87) Planck - BGB nebst Einführungsgesetz, vol. V. Berlino 1902.

La via d'uscita testè accennata è però, secondo il parere di Escher [88]), poco applicabile e pressochè imbattibile. Infatti il principio del capoverso 2 dell'art. 482 è di diritto cogente, che corre parallelo all'art. 150 CO. (per le condizioni immorali e illecite) e che rappresenta un derivato diretto dell'art. 20 CO. (nullità di contratto aventi un contenuto impossibile o contrario alla legge). Per ciò che concerne la condizione non c'è alcun dubbio che una condizione immorale, secondo gli art. 157 CO. e 482,3 CCS., rende nullo, rispettivamente invalido in ogni caso il negozio in cui essa è contenuta. Ora se riguardo alla condizione appare giustificata la sua nullità basantesi su di una norma cogente (essendo la condizione parte integrante della disposizione principale), può sembrare che si debba escludere una regolamentazione diversa per l'onere, menzionato nello stesso capoverso con la condizione nonostante la natura diversa dell'onere e della condizione. Il legislatore, considerando l'onere, ha ammesso pure il principio che un negozio tendente indirettamente alla promozione di una cosa proibita è contrario ai buoni costumi o all'ordinamento legale. Per questa ragione non si può senza uno speciale permesso legale, lasciare alla volontà del testatore la decisione circa il mantenimento o meno della disposizione. Ed Escher arriva alla conclusione che anche un onere immorale o illecito rende nulla la disposizione a cui esso è aggiunto.

A nostro giudizio, noi riteniamo tuttavia non doversi accettare questo ragionamento il quale è troppo assoluto e toglie alla volontà del testatore quella forza, che va spesse volte oltre le prescrizioni legali e che caratterizza in modo inequivocabile la disposizione a causa di morte. È compito infatti dell'interpretazione quello di accertare esattamente ciò che il testatore *intendesse esprimere* nella disposizione contenuta nel testamento o nel contratto successorio, ciò che *volesse* con essa. La volontà del de cuius è più decisiva nelle disposizioni a causa di morte che non nei negozi tra vivi, nelle prime non cadendo in conto alcun riguardo alle relazioni [89]).

Escher vuole tuttavia mitigare la sua opinione, adducendo la possibilità, dato il caso, di aiutarsi con la costruzione che il testatore, durante l'imposizione dell'onere, si sia trovato in *errore*, credendo essere quello morale e lecito. E poichè la connessione tra la disposizione principale e l'onere è più larga che quella tra la prima e la condizione si potrebbe forse rendere nullo solo l'onere con questa contestazione, applicando ad esso (ma non alla disposizione a cui è aggiunto) l'art. 519 CCS.

---

88) Escher, op. cit., nota 30 all'art. 482.

89) Vedi Tuor, op. cit. nota 15 delle note preliminari al cap. III.

Rossel e Mentha [90]) non sono pure d'accordo con il tenore del capoverso 2 dell'art. 482: essi osservano che si può ammettere che certi oneri illeciti o immorali possano essere considerati come senza senso o puramente vessatori per i terzi e quindi da considerarsi come non apposti (art. 482,3) e che il testo del secondo capoverso non impedisce che il potere sovrano del giudice si eserciti nel senso di un annullamento parziale della disposizione principale, quando l'onere risulti essere una clausola accessoria o di dettaglio che non tocchi il fondo della disposizione stessa [91]). D'altra parte, in modo generale, quando una stessa disposizione contiene due o più oneri differenti, tra i quali esista una certa relazione di dipendenza sia dal punto di vista economico sia nell'intenzione da cui essi procedono, la nullità dell'uno trascina quella dell'altro o degli altri oneri

Ora, l'onere immorale o illecito è nullo per principio (è dato il caso anche la disposizione) oppure, per essere annullato, abbisogna dell'azione di nullità? Rispondiamo nel senso che l'onere immorale o illecito deve essere contestato dalla persona gravata o anche da ogni interessato con l'azione di nullità (art. 519). Fino al momento della contestazione, la disposizione rimane giuridicamente valida [92]). La nullità potrà essere proposta per mezzo di domanda principale o per mezzo di una eccezione. Circa la prescrizione dell'azione, troviamo l'art. 521,2 che dichiara: « Nei casi di incapacità del disponente o di *disposizione illecita o immorale*, l'azione contro un beneficato in mala fede si prescrive solo dopo 30 anni. Ciò vale pure nel caso che tale disposizione sia un onere.

Nozione di immoralità e di illeceità dell'onere. Quando si potrà dire che un onere è immorale o illecito? Vogliamo dapprima considerare il caso della illeceità dell'onere. Riteniamo anzi tutto che come tutte le disposizioni di legge non sono di diritto imperativo, sarebbe grossolano errore ritenere come illecita la condizione che sia contraria ad una disposizione di legge qualsiasi. Ove l'onere deroghi espressamente ad un principio di legge di sua natura puramente dispositivo, noi non vediamo come esso potrebbe annullare la disposizione. Già l'art. 19,2 CO., stabilisce che quando la legge non sancisce una norma coattiva sono permesse le stipulazioni che derogano alle disposizioni legali.

---

90) Vedi Rossel e Mentha, op. cit. vol. secondo, pag. 67.

91) Ripetiamo che, a nostro giudizio, la critica all'art. 482,2 deve poggiare sostanzialmente sul fatto che, a differenza della condizione, l'onere è una disposizione essenzialmente distinta dall'atto testamentario creatore della liberalità che non si confonde e non si connette nel suo materiale contesto con l'atto stesso in modo tale da generare confusione.

92) Vedi Escher, op. cit., nota 30 all'art. 482.

Oser nel suo commentario [93]) divide le norme giuridiche, a seconda della loro forza vincolante, in coattive (assolute, « ius cogens ») e dispositive (sussidiarie, complementari, « ius dispositivum »). Noi non staremo a classificare tutti gli articoli di legge in coattivi e dispositivi: ci basti osservare che la nozione dell'illeceità dell'onere deve essere stabilita tenendo ben presente che esistono delle disposizioni di legge cui è possibile, tanto per contratto quanto per testamento, derogare e che invece esistono dei dispositivi imperativi che annullano contratti e testamenti ove un onere vi deroghi.

Per sapere se un onere è illecito, non si deve giudicare il tempo dell'erezione della disposizione, ma il tempo della devoluzione dell'eredità, cioè il tempo in cui esso deve verificarsi. Circa la nozione di illeceità sono applicabili per analogia gli art. 19 e 20 CO. Secondo il commentario di Oser all'art. 20 CO., un onere è illecito quando esso è in contrasto con l'ordinamento legale pubblico, sia a causa del suo contenuto, sia che esso sia diretto a promuovere un'azione proibita oppure ad ostacolare norme vigenti. Questa definizione di onere illecito è più stretta che quella di onere immorale.

Nel giudicare se un onere è illecito o meno, si deve adoperare una misura relativa: infatti anche secondo il CCS sono da considerare in sè, cioè quando particolari circostanze non offendano i buoni costumi, come lecite le cosidette disposizioni captatorie, vale a dire le liberalità fatte con l'onere che il beneficato si ricordi egli pure a suo tempo del testatore o di un terzo, nonchè la cosidetta clausola privatoria [94]) che è la disposizione in virtù della quale un beneficato sarà privato della liberalità a lui fatta qualora egli si opponga all'adempimento della volontà del de cuius, impugnando per es. il testamento riguardo alla parte legittima. Simile clausola non è senz'altro da ritenere come illecita. Essa dipende dalle condizioni del caso particolare [95]).

Così per es. un onere può ancora specialmente essere assicurato dal fatto che la liberalità vien aggiunta al suo adempimento. Non cade però, in ogni caso, sotto la clausola il fatto che l'impugnante vuol dar valore alla vera volontà del testatore.

---

93) Vedi Oser, op. cit., pag. 115.

94) Vedi Tuor, op. cit., nota 29 all'art. 482.

95) A proposito il Tribunale d'Appello del Cantone Turgovia ha confermato con sentenza 18 luglio 1918 che una disposizione, con la quale un erede nel caso di contestazione del testamento, vien posto sulla legittima, non è immorale nè illecita. Infatti ognuno può disporre liberamente del suo patrimonio fino all'importo della quota disponibile, senza che ci siano o meno fondamenti giustificabili. Il de cuius può inoltre negare ad un erede quella somma sorpassante la legittima, quando egli crede di avere completa giustificazione del suo operare. Con ciò non si può affermare che il de cuius eserciti sopra l'erede una pressione che possa offendere il sentimento morale. (Vedi Rivista Svizzera di Giurisprudenza, anno 16, pag. 181).

Passiamo ora a trattare dell'immoralità di un onere. Quando sarà un onere immorale? Evidentemente quando esso mira ad ottenere dal beneficato o da un terzo azioni od ommissioni che la morale riprova come disoneste. Ma quali saranno i criteri a cui il magistrato dovrà informarsi per stabilire la moralità o l'immoralità di un onere? Diciamo subito che non si possono stabilire astrattamente gli attributi perchè un onere venga dichiarato immorale. L'immoralità di un onere dipende da una complessa varietà di fattori che vanno dalla religione ai costumi e alle abitudini sociali, ai principi della dottrina, alle opinioni degli scrittori e mutano secondo le circostanze e i casi speciali.

Il prof. Tuor, nel suo commentario, spiega che la parola immorale è da considerare nel senso della riveduta edizione del CO., cioè nel senso di «contrario ai buoni costumi». Non esiste infatti un onere immorale solo quando esso abbia per contenuto un contegno già per se stesso moralmente proibito o si proponga in qualsiasi altra via indiretta dei fini immorali, ma segnatamente anche quando il testatore offenda le opinioni morali cercando di provocare un atto od una ommissione per se stesso leciti, con lasciar intravvedere dei vantaggi economici, oppure quando il beneficato si decida ad agire in vista di questi vantaggi. Urta il nostro sentimento particolarmente che delle azioni le quali dovrebbero scaturire dall'intimo convincimento (cambiamento di religione, conclusione di un matrimonio, scelta della professione, cambiamento di un'idea politica) vengano vendute a prezzo d'oro. Il sentimento morale del popolo, la misura dell'influenza spiegata su chi agisce dai vantaggi attesi, il modo in cui il testatore si propone di far agire il beneficato, possono servire di regola per decidere se in un caso concreto una liberalità eserciti o meno sul beneficato una pressione contraria ai buoni costumi. Così sarebbe immorale il promettere una data somma affinchè una data persona cambi o non cambi la sua religione, entri o non entri in un determinato partito politico, abbracci o no lo stato ecclesiastico, ecc. Si potrebbe riguardare sicuramente come inoppugnabile (e quindi come morale) l'assicurazione di un favore o vantaggio speciale ad un erede qualora egli assuma il commercio di suo padre, oppure l'elargizione di una borsa di studio con l'onere che il beneficato si dedichi a studi accademici. In regola generale, la volontà del de cuius non deve essere elusa facilmente, ma solo sotto l'impero di considerazioni superiori. Qui esiste pure la presunzione per il mantenimento della disposizione.

Estremamente interessante è la considerazione di un caso speciale di onere, il quale spesso viene imposto in una disposizione a causa di morte: il testatore ordina nel testamento una liberalità

gravata dall'onere che il beneficato abbia a stare ai suoi desideri in cose matrimoniali. Domandiamoci ora: è simile onere immorale o illecito?

Consideriamo: lo scopo del testatore può essere positivo o negativo; egli vuole che il beneficato rimanga celibe o si sposi: a seconda del caso l'onere rappresenta quindi un divieto od un ordine di contrazione di matrimonio. Inoltre questo onere può essere imposto ad una persona celibe od al coniuge superstite.

Il nostro problema si riassume in questa domanda: può un testatore ordinare in una sua disposizione regole concernenti la contrazione di matrimonio del beneficato? L'ordinamento giuridico che guida e regola il viver comune di una pluralità di individui, pone per principio che l'uomo è un essere ragionevole dotato di una libera volontà. L'ordinamento giuridico privato a sua volta dice che l'arbitrio dell'individuo è fondamentalmente determinativo per le regole del viver comune, in quanto però esso stia dentro i limiti fissati dal diritto oggettivo: l'autonomia privata è cioè contemplata in norme giuridiche concrete, che sono coercibili e perciò di diritto pubblico.

D'altra parte è importante il fatto che l'individuo può imporsi delle limitazioni con una propria decisione volontaria. Ora simile decisione può essere illimitata? Dal principio secondo cui l'uomo è un essere dotato di libera volontà, il diritto oggettivo deduce la risposta a questa domanda, che cioè la volontà dell'individuo limitante la sua libertà con negozi giuridici debba trovare a sua volta dei limiti; in altre parole: un certo ambito della libertà personale non può, in forza del diritto positivo, venir sacrificato; questa sfera inalienabile della libertà forma i cosidetti *diritti personali*.

Da quanto precede, possiamo dedurre che se l'individuo non può limitare i suoi diritti personali, a fortiori anche un terzo non possa compiere una tal limitazione. Ciò vale per i diritti personali in generale: ora dobbiamo vedere se il diritto di decidere in cose matrimoniali sia personale o meno secondo il Codice Civile. L'articolo 27 CCS dichiara diritto personale il godimento inalienabile dell'esercizio dei diritti civili, il quale presuppone capacità di discernimento e maggiore età. Secondo gli articoli 96, 97 CCS, la capacità al matrimonio presuppone la capacità di discernimento e l'età fissata dalla legge; un uomo capace d'agire è sempre capace al matrimonio, mentre il contrario non vale. Quindi la capacità di matrimonio è certamente il «minus» in rapporto all'esercizio dei diritti civili; e poichè il godimento inalienabile di quest'ultimo è un diritto personale, lo sarà anche il godimento della capacità di matrimonio: in altri termini, il diritto di decidere liberamente sopra la contrazione di nozze è un diritto personale. Da questa conclusione segue che l'individuo non può limitare questo suo diritto

con un negozio giuridico: a fortiori un terzo possederà tanto meno questo diritto: solo il diritto oggettivo, il quale fissa il contenuto dei diritti personali, può compiere questa limitazione per motivi di pubblico interesse. Dunque la soluzione della nostra domanda suona così: il testatore non può in una sua disposizione imporre un onere che contenga prescrizioni circa lo stato matrimoniale del beneficato.

Questa soluzione sembra stare in aperta dissonanza con il principio secondo il quale la volontà del testatore deve essere osservata il massimo possibile. Sta bene: però questa volontà deve essere rispettata in quanto essa rimanga entro i limiti della legge, dei buoni costumi (art. 482,2) e della ragione (art. 482,3). La lesione di un diritto personale lede a sua volta questi limiti.

Concludendo, quando il testatore in una sua disposizione pone l'onere in questione il quale è palesemente immorale e illecito, simile disposizione non è valida e sottostà all'azione di nullità del gravato [96]).

§ 15. Oneri impossibili.

Cominceremo a mettere fuori di questione che si debba discutere della sanità di mente del testatore. Poniamoci invece la domanda. L'onere impossibile apposto ad una disposizione a causa di morte, qualora non sia il caso di impugnare la sanità di mente del de cuius, si avrà per non apposto oppure annullerà semplicemente la disposizione?

Il CCS. e il CO. non dispongono nulla circa l'onere impossibile, per cui al prof. Tuor [97]) sembra dover essere determinante la volontà del testatore, nel senso che la disposizione sia mantenuta e l'onere cancellato, se il testatore avesse verosimilmente fatta la liberalità anche senza l'onere. Ciò è da ritenersi particolarmente quando il testatore conosceva le impossibilità dell'onere aggiunto alla disposizione nel momento in cui poneva quest'ultima (a meno che la disposizione stessa non fosse voluta sul serio). Il prof. Tuor aggiunge però che « laddove una siffatta volontà del de cuius non

96) Vedi Oftinger Carlo, articolo della rivista del «Bernischer Juristenverein, vol. 71, pag. 154 SS.

97) Vedi Tuor, op. cit., nota 31 all'art. 482.

possa essere provata, la nullità della disposizione appare dalla analogia con la trattazione degli oneri immorali e illeciti ». Esaminiamo un po' da vicino queste affermazioni del prof. Tuor.

Crediamo, innanzitutto, che in presenza di una disposizione gravata da un onere impossibile, buona cosa sia certamente determinare la volontà del testatore, come afferma il prof. Tuor, nel senso che l'onere debba ritenersi per non apposto ove il testatore avesse verosimilmente fatta la liberalità anche senza l'onere. Dissentiamo invece dal prof. Tuor quando egli afferma che la disposizione deve essere ritenuta nulla quando risulta la volontà del testatore di subordinare l'efficacia della disposizione all'esecuzione dell'onere impossibile, perchè due sole sono le eventualità che possono presentarsi: o il testatore sapeva di ordinare un onere irrealizzabile e sapendolo ha voluto ugualmente ordinarlo, dimostrando con ciò di non attribuire soverchia importanza all'onere stesso (è sempre esclusa la questione della sanità di mente del testatore), o il testatore ignorava di statuire un onere impossibile e allora sarà facile inferire « a contrario » che se l'avesse saputo non l'avrebbe imposto.

In ogni caso sembra che non si possa affatto stabilire a priori che, quanto agli effetti, l'onere impossibile debba essere paragonato per analogia all'onere immorale ed illecito, quando è provato che il testatore non avrebbe fatta verosimilmente la liberalità senza l'onere: farà stato la retta interpretazione della volontà del de cuius.

Sarà, inoltre, compito dell'interpretazione di vedere se il testatore abbia voluto porre un onere o una condizione; e poichè è comune il fatto che il testatore profano in materia di diritto parli di una condizione là dove egli voglia intendere un onere, vien data la possibilità di mantenere in vita certe liberalità gravate da una « condizione » impossibile. L'impossibilità di un onere, oltre che essere riposta nel suo contenuto (per es. l'onere di sposar una persona che è morta al tempo dell'apertura del testamento, oppure l'onere di amministrare una azienda che è già stata liquidata, ecc.) può anche essere data dalla morte del beneficato. Infatti poichè la relazione giuridica che corre tra beneficato e gravato non può venire ereditata, se il primo muore prima o dopo la devoluzione dell'eredità, cade l'obbligo di adempimento del gravato a causa dell'impossibilità della prestazione.

Anche il Codice Civile italiano ha la stessa soluzione adottata dai nostri commentatori circa l'impossibilità di un onere (art. 849) e le sentenze sono a proposito conformi. Così la Cassazione di Roma con sentenza 14 febbraio 1912 ha espressamente riconosciuto che il legatario « sub modo », che non abbia adempiuto l'onere nella maniera impostagli dal testatore, non può pretendere il pagamento del legato. Se però l'adempimento dell'onere è impossibile, l'obbligo

relativo cessa, restando valido il legato [98]). Similmente la Corte d'Appello di Trani, con sentenza 4 febbraio 1922, ha deciso che nel legato modale l'impossibilità di eseguire l'onere imposto, se non dipenda dal fatto e colpa del gravato, non importa la decadenza del legato, e ciò tanto meno se tale impossibilità derivi dal fatto di un terzo [99]).

È interessante infine notare il fatto che in materia di obbligazioni tra vivi è ammesso nel nostro diritto il principio opposto a quello valevole per gli oneri impossibili. Così l'art. 20 CO stabilisce che il contratto è nullo se ha per oggetto una cosa impossibile. Perchè tale diversità? Non sapremmo meglio rispondere se non citando le ragioni che ne dà l'Enciclopedia giuridica italiana [100]): « Allorchè nel contratto le parti appongono un contenuto impossibile, la presunzione è che non ebbero l'intenzione di contrarre sul serio.... Ma quando è il testatore che aggiunge alla sua disposizione un onere impossibile, la presunzione più probabile è che esso l'abbia aggiunta per errore, ignorando che con quel onere avrebbe posto nel nulla la sua liberalità che spontaneamente volle ».

Da ultimo, vogliamo ancora notare che l'impossibilità di un onere deve essere di natura materiale ed assoluta per tutti. Per es.: « Ti lego fr. 1000,— con l'onere di fare un viaggio alla luna ». Il testatore in questo caso è reputato di aver voluto scherzare apponendo un onere che egli sa in anticipo essere un'utopia; il legato vien considerato quindi come non gravato da nessun onere.

§ 16. Oneri vessatori e insensati.

Mentre la regolamentazione delle disposizioni tra vivi del CO., stabilisce che il negozio concluso fra due parti, cade se una di queste non adempie eventuali clausole vessatorie o insensate contenute nel negozio [101]) l'art. 482,3 CCS. dichiara che nelle disposizioni a causa di morte gli oneri vessatori e insensati vengono considerati come non scritti, vale a dire che la disposizione si ha per non gravata.

---

98) Repertorio generale annuale della giurisprudenza italiana, anno 1912, pagina 536, N. 56.

99) Vedi il Foro Italiano, anno 1922, vol. I, pag. 372.

100) Vedi il Foro Italiano, Vol. XV, parte terza, pag. 191.

101) Vedi Oser, op. cit. nota 3 e 4 all'art. 157 CO.

il diritto romano e il codice civile tedesco contengono pure a proposito di simili oneri il principio opposto a quello dell'art. 482,3.

Quando si dirà che un onere è « senza senso o meramente vessatorio per un terzo ?». Il CCS. che non accenna, come abbiamo visto, agli oneri impossibili, sembra quasi averli compresi nella qualifica di oneri senza senso. Se un testatore lasciasse un simile legato ad una certa persona· « Ti lego fr. 10.000,— con l'onere che tu ogni anno nella notte di S. Silvestro dovrai prendere un bagno nel fiume X », si potrebbe sostenere che un onere sì fatto è al tempo stesso impossibile e senza senso.

I giureconsulti romani, in presenza di un legato gravato da un onere senza senso o vessatorio, ricorrevano innanzitutto all'esame della « mens sana »[102]) del testatore, secondo la sentenza di Modestino: « Hoc prius inspiciendum est ne homo qui talem condicionem (vel modum) posuit, neque compos mentis esset ». Solo dopo aver posto fuori di causa la sanità di mente del testatore essi decidevano che l'onere senza senso o meramente vessatorio per i terzi dovesse ritenersi come non scritto.

In simile modo sarebbe utilissimo procedere anche nel diritto moderno. Ma dove fosse fuori di discussione la sanità di mente del testatore, non sapremmo reputare l'art. di legge 482,3, che considera non apposti gli oneri senza senso o quelli meramente vessatori per i terzi, se non come la sanzione, perfettamente logica, di uno scherzo a cui è piaciuto ricorrere il testatore nell'esprimere le sue ultime volontà. Si parte naturalmente dalla presunzione che il testatore sapeva di celiare e che la disposizione avrebbe avuto il suo effetto, nonostante l'onere. Ove questa presunzione non sia ammissibile, si può giustificare l'articolo in questione per il fatto che la legge cerca di favorire il più possibile la disposizione del testatore, mantenendola valida (interpretazione « in favorem testamenti »).

Il Prof. Tuor ritiene come insensati (unsinnig) gli oneri che non hanno alcun senso (ambigui, contradditori) o il cui senso riesce incomprensibile oppure che hanno bensì un senso, ma uno assurdo e che non si propongono alcun fine ragionevole. Appartengono a tal gruppo anche gli oneri destinati soltanto a rendere ridicolo il beneficato. Citeremo come esempi di oneri insensati i seguenti: il beneficato dovrà portare per tutta la vita un cilindro, oppure abiti femminili, oppure egli dovrà dormire tre volte la settimana in una stalla, oppure ancora dovrà seguire il funerale del defunto camminando con le mani e coi piedi e via dicendo.

Quanto poi all'onere meramente vessatorio per i terzi (ledliglich für andere Personen lästig) diremo che esso comprende quelle clau-

---

102) Vedi L. 27 de condit. instit.

sole che non offrono alcun interesse nè per il testatore, nè per il beneficato, nè per un terzo, nè per la collettività e molestano inoltre altri (non il beneficato). Citiamo come es. l'onere di tenere nel cortile legato un certo numero di rettili oppure di animali disturbatori della quiete del vicinato. Non sarebbe invece vessatorio l'onere che impone all'erede di tenere semplicemente un cane, anche se questo riesca forse molesto al vicino, se il tener un cane su di una certa proprietà possa offrire all'erede un interesse.

L'onere semplicemente vessatorio per i terzi è reputato come non apposto. Il nostro legislatore lo ha dunque considerato alla stessa stregua dell'onere insensato. L'assimilazione completa dei due oneri, quanto alle conseguenze che ne derivano, non sfugge tuttavia a qualche critica.

Si può infatti osservare, che se torna facile la presunzione che il testatore abbia voluto scherzare apponendo alla disposizione un onere insensato, non è altrettanto facile presumere che il testatore abbia voluto ugualmente celiare, apponendovi espressamente un onere inteso a molestare o a danneggiare una terza persona. A noi sembra che in quest'ultimo caso la volontà che lega sia molto meno inscindibile dall'onere vessatorio che non nel caso della clausola senza senso.

Da quanto abbiamo finora visto, noi possiamo scorgere lo scopo prettamente umano e sociale prefissosi dalla nostra legge di mantenere in vita la volontà iniziale del testatore di beneficare una data persona.

Ma può sorgere qui la domanda: Se la volontà del testatore non era di lasciare una liberalità, perchè, pur apponendovi un onere che egli sapeva insensato o vessatorio, ha fatto questa liberalità? Non poteva egli semplicemente astenersi dal legato? Certamente entra qui in discussione la sanità di mente del de cuius: anche se quest'ultimo fosse normale, pure l'aggiunta di simili oneri a disposizioni a causa di morte lascia scorgere un indizio di manchevole capacità di discernimento del testatore. Per questa ragione la regola « in favorem testamenti » assunta dal capoverso 3 dell'art. 482 venne chiamata non confacente allo scopo, poichè non è detto che con la cancellazione dell'onere insensato o meramente vessatorio, venga messa in luce la vera volontà del de cuius [103]). Non riteniamo tuttavia sufficiente la suddetta ragione per non mantener

103) Vedi Hitzig, Vorträge über den Entwurf, dispensa 1, pag. 64. Hitzig propose alla commissione degli esperti di stralciare il capoverso tre dell'art. 486 (l'attuale art. 482), adducendo la ragione che nel caso di oneri meramente insensati entrerebbe in considerazione l'azione di nullità dell'art. 519 CCS. La regola contenuta nel capoverso tre potrebbe, secondo lo stesso autore, divenire in alcuni casi pericolosa: infatti non è sempre facile stabilire se un onere è insensato o meramente vessatorio verso terzi.

valida la disposizione anche senza l'onere e sosteniamo nuovamente che l'interpretazione « in favorem testamenti » ne sia la miglior soluzione.

Ancora: se il testatore dichiarasse espressamente che sia nulla la disposizione, se non si ottemperi all'onere vessatorio o insensato, la volontà testatrice prevarrà sulla regola dell'art. 482,3? In altre parole questa regola è di diritto imperativo o dispositivo?

Riteniamo, in linea generale, che il disposto dell'art. 482,3 sia assolutamente di diritto imperativo, sia perchè il testatore non ha la potestà di ordinare in un testamento vessazioni in odio a terzi (cosa contraria alle leggi e all'ordine pubblico), sia perchè esso non può subordinare ad un onere senza senso la validità della disposizione, quando la legge preventivamente dichiara che l'onere insensato è come se non fosse apposto e quindi inesistente. Il testatore sottoporrebbe la sua volontà a qualche cosa che non è reale e questo fatto è semplicemente assurdo e incongruente.

§ 17. L'obbligo di non dividere un'eredità può essere considerato come un onere giuridicamente lecito?

Il codice civile tedesco riconosce come onere la proibizione di dividere l'eredità o certi oggetti di questa (§ 2044). Il CCS. non dice nulla a proposito, ma l'art. 604,1 enuncia d'altra parte: « Ogni erede ha il diritto di domandare in ogni istante la divisione dell'eredità, a meno che egli non sia tenuto sia *convenzionalmente che legalmente* a non intrapprendere la divisione ».

La parola « convenzionalmente » si collega agli art. 336 e 337 CCS., che prevedono la creazione di indivisioni di famiglia fra gli eredi, mentre che la parola « legalmente » si riconnette principalmente agli art. 604,2 e 622. L'art. 604 è da interpretarsi strettamente? Gottofrey [104]) si esprime nel modo seguente: « Io riconosco che sussiste una ipotesi delicata non toccata dalla legge; quella in cui il testatore ha imposto ai suoi eredi di non dividere l'eredità. Si potrebbe dire che, in questo caso, fatta astrazione dei diritti dell'erede sostituito, i coeredi che hanno accettato l'eredità possono essere considerati come aventi convenuto fra loro di non dividere questa ere-

104) Vedi Bollettino Stenografico, vol. 16, pag. 358.

dità e che i principi generali relativi alla non ripartizione contrattuale sarebbero applicabili nella misura che io ho indicato poco fa a proposito della prima ipotesi. Per conto mio, quest'opinione non sarebbe fondata. Non potrebbe trattarsi, in questo caso, di una convenzione tacita di non ripartizione, poichè essa sarebbe nulla a tenore dell'art. 347 (l'attuale art. 337 CCS.) del progetto, secondo il quale il contratto d'indivisione deve, sotto pena di nullità, essere formulato con un atto pubblico firmato da tutti i membri o dai loro rappresentanti. Questo caso speciale non è risolto formalmente nel progetto e può essere abbandonato, senza inconvenienti, alla dottrina e alla giurisprudenza ».

Gottofrey riconosce dunque che il codice civile non ha toccato il caso in cui il testatore ha imposto ai suoi eredi l'obbligo di non dividere l'eredità. Quale conclusione bisogna trarne?

In primo luogo, l'art. 604,1 non può servire d'argomento contro coloro che pretendono che l'obbligo di non dividere possa essere imposto agli eredi dal de cuius. Ammettere che i termini dell'art. 604 devono essere intepretati strettamente, cioè che le sole eccezioni al diritto dell'erede di domandare in qualunque tempo la divisione dell'eredità, derivano necessariamente dalla convenzione o dalla legge, è voler ammettere che quest'ultima ha toccato negativamente la questione che ci interessa. Una semplice omissione non potrebbe avere una simile portata; ora il relatore constata precisamente una lacuna della legge: « Sussiste una ipotesi delicata non *toccata dalla legge*... Il caso speciale può, senza inconvenienti, essere abbandonato alla dottrina e alla giurisprudenza ».

Rossel e Mentha [105]) osservano a proposito: « Allo scopo di porre un termine alle incertezze, si è redatto in una maniera più precisa il testo dell'art. 604: non ci sono più che due cause possibili di prolungamento dell'indivisione: la convenzione e la legge. Sta però certo il fatto che il de cuius non può imporre, con una clausola nel suo testamento o con un atto separato, ai suoi successori universali l'obbligo di non dividere l'eredità, poichè questo obbligo non risulterebbe nè dalla convenzione, nè dalla legge ».

È giusto il fatto che l'art. 604 attuale risulta da una modifica redazionale portata al vecchio art. 603, in seguito alle critiche mosse dall'on. De Meuron circa l'imprecisione dei termini: « Salvo disposizione o convenzione contraria ». Ma ciò non indebolisce l'osservazione del relatore della commissione, sulla quale vogliamo stabilire la seguente opinione.

Rigettiamo la soluzione, secondo la quale i coeredi che hanno accettato l'eredità, possano essere considerati come aventi con-

---

105) Vedi Rossel e Mentha, op. cit., vol. I, pag. 666.

cluso tra loro tacitamente una indivisione valevole, per i motivi indicati nel passaggio del Bollettino Stenografico precitato. Al contrario opiniamo che, mediante concorde dichiarazione di volontà, i coeredi possano obbligarsi a non procedere per un certo tempo alla divisione, cosicchè ognuno di essi sia tenuto a rimanere nella comunione creata dalla morte del de cuius, e non possa proporre l'azione di divisione: basta all'uopo un accordo esente da qualunque forma [106]). Similmente, in una disposizione a causa di morte, il testatore può imporre agli eredi una certa durata della comunione e sospendere in tal guisa la divisione: ora tale prescrizione può essere considerata benissimo come un onere. L'erede è allora obbligato non solamente a rinunciare al suo diritto di reclamare in qualsiasi momento la divisione, ma anche a rifiutare di concorrervi. Domandiamoci ora: è simile onere giuridicamente lecito? A nostro parere, confortato pure dalla opinione del prof. Tuor [107]), non vediamo nessuna ragione che possa escludere la liceità di questo onere come tale: l'unico ostacolo che potrebbe sorgere contro simile riconoscimento è quello nel senso di una illimitazione dell'onere in linea di tempo [108]): in altre parole, l'onere di non ripartizione, per essere lecito, deve avere una durata limitata, poichè una sospensione di divisione durevole urterebbe contro l'essenza e lo scopo della comunione. Questa non deve esistere più a lungo di quello che lo richiedano i motivi addotti dal testatore nel porre l'onere. Se questi sono tali da non lasciar prevedere un cambiamento in un tempo non lontano, la sospensione della ripartizione deve essere proibita. Parimenti l'annullamento dell'onere e l'esecuzione della divisione possono essere chiesti successivamente ove risulti che la causa, ritenuta di effetto « provvisorio », durerà per lungo tempo o per sempre (per es. la svalutazione delle divise).

Possiamo concludere affermando che, sotto le riserve da noi formulate, l'onere imposto dal testatore ai suoi eredi di lasciar intatto il patrimonio ereditario è giuridicamente lecito.

---

106) Vedi a proposito Dec. Trib. Fed. 61, II, 168 in cui un contratto d'affitto tra un coerede e gli altri coeredi vien considerato come la continuazione della comunione d'eredità e di conseguenza come una rinuncia temporanea al diritto di divisione.

107) Vedi Tuor, op. cit. nota 6 all'art. 604 CCS.

108) Mentre il nostro codice non prevede nessun termine, il cod. civ. tedesco ha posto nel § 2044,2 un limite alla durata possibile della proibizione di dividere l'eredità: Questo paragrafo enuncia infatti: «Die Verfügung wird unwirksam, wenn 30 Jahre seit dem Eintritt des Erbfalles verstrichen sind. Der Erblasser kann jedoch anordnen, dass die Verfügung bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person eines Miterben oder, falls er eine Nacherbfolge oder ein Vermächtnis anordnet, bis zum Eintritt der Nacherbfolge oder bis zum Anfall des Vermächtniss gelten soll. Ist der Miterbe, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es bei der dreissigjährigen Frist».

PARTE TERZA

EFFETTI DELL'ONERE SUCCESSORIO

§ 18. Adempimento dell'onere.

A) Punto di vista del CCS.

Abbiamo visto come una disposizione testamentaria contenente un onere non cada in massima da sè nel caso che questo onere non venga adempiuto: manca quindi una spinta ulteriore che muova il gravato all'adempimento dello stesso.

Inoltre abbiamo pure detto che, nell'onere successorio, di fronte al gravato non esiste nessun terzo il quale abbia un diritto creditorio (sia cioè creditore) tendente ad ottenere l'adempimento dell'onere: di conseguenza vien pure a mancare una spinta esteriore a questo adempimento. Bisognerebbe perciò venire alla conclusione dicendo che l'esecuzione della volontà del de cuius è lasciata in balia del buon volere e della coscienziosità del gravato. Da queste caratteristiche si evince che l'onere non impedisce tuttavia al legatario gravato di domandare, per esempio, immediatamente il rilascio del legato, e che la morte del legatario, sopraggiunta prima che l'onere si sia adempiuto, lascia sussistere il legato.

Questi principî sono acquisiti anche dalla giurisprudenza italiana. La Cassazione di Torino con sentenza 16 febbraio 1909, ha stabilito che il legato contenente un onere non sospende l'acquisto della cosa legata [109]). La Corte d'Appello di Cagliari con sentenza 4 luglio 1912, ha ammesso che il legatario gravato, per poter entrare nel materiale godimento della liberalità, non ha bisogno di aver adempiuto l'onere.

Il nostro codice non prevede inoltre un limite temporale per l'adempimento dell'onere; così è senza dubbio ammissibile che il denaro occorrente per la fondazione di un istituto benefico

109) Vedi Repertorio Generale Annuale della giurisprudenza italiana, anno 1909, pagina 464, N. 67.

debba essere dapprima raccolto con gli interessi della somma consegnata, oppure che una tomba debba essere mantenuta e curata per un tempo illimitato. In questo caso il testatore farà bene di assicurarsi l'esecuzione dell'onere con un ordinamento speciale, per esempio istituendo l'esecutore testamentario.

Riguardo alla durata dello stato di cose creato dall'onere, può tuttavia, in casi speciali, essere dato un limite temporale, quando per esempio il mantenimento illimitato dell'onere venga in conflitto con certi principî giuridici. (Proibizione della cosiddetta « mano morta » creata da fondazioni ecclesiastiche).

Contro la libera volontà e l'arbitrio della persona gravata provvede l'ordinamento giuridico, concedendo mezzi legali cotringenti il gravato all'adempimento dell'onere. Nell'onere del diritto successorio, contrariamente a quello che grava una donazione, l'elargitore non può esercitare di propria persona una pressione sul gravato o sulla liberalità, motivo per cui gli devono subentrare altre persone.

Già il diritto romano concedeva un'azione d'adempimento agli eredi e, nel caso di oneri imposti nell' interesse pubblico, anche alle autorità competenti[110]); il diritto comune vi aggiunse ancora l'esecutore testamentario. Il diritto tedesco è andato solo poco più in là: il § 2194 nomina infatti le persone che possono chiedere l'adempimento dell'onere; esse sono: gli eredi, sia legittimi che costituiti, la persona che subentra al gravato che scompare, l'erede sostituito e gli eredi legali (questi ultimi sono esclusi dall'acquisizione di una liberalità da parte del primo chiamato) e l'autorità pubblica competente, nel caso che l'onere sia d' interesse comune.

Il codice civile svizzero per converso si è studiato di assicurare, nel maggior modo possibile, l'adempimento degli oneri, conferendo all'uopo *un'azione ad ogni singolo interessato.* Ove non vi sia alcun interesse, oppure ove nessuno voglia o possa sobbarcarsi le cure inerenti all'azione, l'adempimento avrà anche oggettivamente una importanza minima. Cercheremo, nelle pagine seguenti, di stabilire con maggior precisione quali siano questi « interessati » all'esecuzione dell'onere, e come lo possano essere e quali caratteristiche abbia la loro azione.

B) **Azione d'adempimento.**

Quale motivo ha spinto il legislatore svizzero a concedere ad ogni interessato l'azione d'adempimento dell'onere? Riteniamo che egli, ponendo questa regola, abbia voluto raggiungere questo

110) Vedi L. 50 § 1 I D. de her. pet. 5,3.

scopo: assicurare, nel maggior modo possibile, l'esecuzione della volontà del defunto col concedere a coloro che vi hanno il maggior interesse un mezzo per richiedere l'esecuzione dell'onere: questa prescrizione estensiva del CCS costituisce una felice innovazione.

Nel nostro articolo appare, in vista dello scopo della legge, dunque giustificato di non far luogo a nessuna interpretazione restrittiva. Non è quindi lecito esigere che si tratti di un interesse patrimoniale, anzi neppure di un interesse giuridico propriamente detto; basta un qualsiasi *interesse fondato*, anche un interesse puramente ideale, per es. un interesse etico: la partecipazione a questo interesse deve essere cioè degna di appoggio. Da queste considerazioni nasce l'avversione e la conseguente ricusa di quella opinione secondo la quale si tratterebbe di un' azione popolare che compete « cuivis ex populo ».

Certi limiti personali, reali e geografici devono essere necessariamente tirati. Si andrebbe, d'altra parte, secondo noi, troppo oltre, se si volesse accontentarsi di un interesse di natura genericamente umana o altrimenti generica, come per es. di un interesse che ognuno o intere cerchie di persone hanno verso opere artistiche, letterarie, di beneficienza o verso lo sport o un giuoco qualsiasi. Dubbio può essere anche se un utile non direttamente voluto dal testatore che derivi dall'onere ad un terzo, sia da ritenersi bastevole per es. qualora il testatore abbia provveduto al mantenimento ed al vestiario di fanciulli poveri: sono, in questo caso, abilitati a promuovere l'azione d'adempimento tutti i fornitori di cui si tratta? Molto giusta è, a proposito, l' osservazione del professor Tuor [111]) secondo la quale vi può essere legittimazione attiva all'azione tutt'al più quando l'interessato in questo modo indiretto sia designato con una sufficiente individualizzazione. Così non si accorderà certamente a qualsiasi crematorio o a qualunque società di cremazione l'azione d'adempimento, qualora il testatore abbia ordinato la sua cremazione (similmente se egli prescriva la sua sepoltura). Non ammettendosi limitazioni di sorta, si arriverebbe a quell'azione popolare ricusabile alla quale abbiamo testè accennato. Se il legislatore, per un' ipotesi qualunque, avesse voluto porre questa azione popolare, egli l'avrebbe semplicemente concessa « ad ognuno senza la limitazione dell'esigenza di un interesse fondato », nello stesso modo in cui il legislatore zurighese ha regolato l'azione concernente la protezione dei figli (art. 60 disposizioni introduttive del CCS.).

Potrebbe infine sorgere la seguente domanda: « Prescindendo dall'azione d'adempimento, avrebbe l' interessato il diritto di esigere garanzie da parte del gravato per l'adempimento dell'onere? Crediamo che questo diritto dell'interessato sia da escludere a priori,

111) Tuor, op. cit. art. 482, nota 14.

a meno che questi sia erede, e quindi, come depositario della volontà del testatore, non sia stato costretto a vigilare a che l'onere imposto al gravato venga adempiuto, vigilanza la quale il testatore stesso ha stabilito nella forma di garanzie imposte al gravato.

§ 19. Persone aventi il diritto d'azione.

La restrizione della legittimazione attiva è difficile da stabilirsi solo nei casi-limite; negli altri casi essa risulta molto chiara. Così un interesse per lo più di natura patrimoniale spetta in primo luogo all'eventuale *destinatario* della prestazione, sia egli una determinata singola persona oppure una persona compresa in una designazione generale, come per es. in quella dei poveri di una città, degli allievi di una classe, dei soldati di un battaglione, ecc.

Vogliamo chiarire con l'esempio la posizione giuridica del terzo beneficato dall'onere nei rapporti del legatario gravato da quest'onere: Il testatore fa il lascito di una casa ad un legatario con l'onere di tenere come inquilino a canone esiguo, vita sua durante, una certa persona. Ora ci domandiamo: il rifiuto del legatario di adempiere l'onere, vale a dire di trattenere al canone previsto l'inquilino in casa, darebbe a quest'ultimo il diritto di domandare la revoca del legato, oppure di costringerlo all'esecuzione dell'onere? La dottrina fu, attraverso i secoli, quanto di più contradditoria si possa immaginare. Opiniamo, in primo luogo, che il terzo beneficato non abbia alcun diritto di far pronunciare la caducità del legato per causa dell'inadempimento dell'onere: questa caducità non potrebbe, a nostro giudizio, essere invocata e domandata che dall'erede gravato dalla soddisfazione del legato, l'unico che vi potrebbe avere un interesse fondato, valendo il principio dottrinale secondo cui l'interesse determina e legittima l'azione [112]).

Quanto invece al diritto del terzo di pretendere il rispetto della volontà testamentaria e per conseguenza l'esecuzione dell'onere, questo è dubbio, come pure è dubbio il diritto di garanzie da parte del gravato per l'adempimento dell'onere secondo la volontà del de cuius.

L'azione del terzo interessato (negata dall'antico diritto romano e ammessa invece dal diritto dall'epoca imperiale a partire

112) Vedi Riva A. - Del legato - Diss. Losanna 1925, pag. 179.

da Gordiano) può dunque prescriversi due scopi: Ottenere, quando ne sia il caso, venuto il momento fissato dal testatore, l'esecuzione dell'onere, e ottenere dal gravato delle garanzie.

L' interesse all'adempimento dell'onere, abbiamo detto, sta in ragione diretta coll'individualizzazione dell' interessato. E non potrebbe essere altrimenti. Quando allora sia accertato che non vi è alcun interessato all'adempimento dell'onere, si dovrà ritenere quest'ultimo per non scritto? E ancora, quando l'eventuale interessato non abbia la personalità giuridica sufficiente per intentare l'azione, dovrà la liberalità (per es. un legato) essere considerata come pura e semplice, cioè non gravata? Si deve ritenere in questi casi particolari, sulla scorta dei più autorevoli commenti, che gli autorizzati ad esigere l'esecuzione dell'onere siano gli *eredi legittimi o istituiti* [113]) del testatore. Così se il testatore avrà legato una scuderia con l'onere di tenervi un cavallo, gli eredi legittimi possono obbligare il legatario ad adempiere l' onere. Gli eredi legittimi o istituiti, in questo caso, non hanno che un interesse generico di pietà verso il testatore [114]): così pure quando l'onere consista nel fatto che il beneficato debba continuare a tenere il cane del de cuius. Un sì fatto interesse avranno sovente le persone non chiamate ad ereditare: così i parenti non più compresi nell'ordine degli eredi, nonchè gli amici intimi del testatore.

Inoltre, nel caso che vi sia un erede legittimo e uno istituito, ambedue hanno il diritto d'azione d'adempimento dell'onere da parte di un coerede o di un legatario gravato da esso [115]). Se più coeredi sono gravati assieme da un onere, ognuno ha il diritto d'azione contro ogni altro. Sono parimenti « interessati » tutti quelli che trarranno un profitto eventualmente dalla revoca o dal ripudio della disposizione gravata da un onere: così l'erede legittimo, quando il gravato è un erede istituito o un legatario, un coerede quando il gravato è un legatario, il primo legatario quando l'onere incombe ad un secondo legatario; così pure l'erede legittimo o istituito e il coerede, anche se essi non hanno un interesse pecunario diretto [116]), come poco fa abbiamo visto. Se nessun interessato si fa vivo, l'adempimento dell' onere sarà oggettivamente trascurabile senza che per questo ne consegua la caducità della disposizione la quale continuerà a spiegare i suoi effetti come se fosse stata pura e semplice fin dall' inizio.

È senza dubbio che anche la persona, che con l'adempimento dell'onere di una disposizione tragga un vantaggio diretto e perso-

113) Vedi Motivi 1,392.
114) Tuor, opera citata, Nota 15 all'articolo 482.
115) Escher: das Erbrecht des ZGB, nota 1 all'articolo 482.
116) Kreyenbühl: Étude sur le legs, pag. 82.

nale, può avere il diritto d'azione. Così per es. il testatore impone con un onere alla vedova di ordinare presso un certo scultore « X » un busto della sua persona per la propria tomba, affinchè questo povero scultore possa guadagnare qualche cosa: lo scultore è quindi autorizzato a richiedere l'esecuzione dell'onere.

I motivi 1,392 enumerano inoltre, quale persona avente il diritto d'azione, *l'amministratore dell'eredità e l'esecutore delle disposizioni di ultima volontà.* Il loro diritto all'azione non risulta però, secondo l'opinione del professore Tuor [117]), in prima linea dal loro interesse all'adempimento dell'onere, ma è la conseguenza delle loro incombenze d'ufficio che vengono loro conferite dalla legge (articolo 518, 558); motivo per cui, almeno in antitesi agli interessi privati, essi non hanno soltanto un diritto ma anche un obbligo di promuovere l'azione. Questa estensione del diritto all'azione è perfettamente legittima in quantochè l'esecutore testamentario, a norma di legge, deve far rispettare la volontà del defunto (art. 518,1) e l'amministratore dell'eredità, in caso di liquidazione d'ufficio deve, sempre a norma di legge, sodisfare, in quanto sia possibile, i legati (art. 596,1). Ora non si può negare che l'adempimento dell'onere rientra nel rispetto della volontà del defunto, che anzi ne sia la miglior dimostrazione, e che il diritto di sodisfare i legati comprenda quello di esigere l'adempimento degli oneri.

È pure possibile inoltre che il testatore nomini un esecutore testamentario il quale debba provvedere all'adempimento di un onere imposto ad un legatario. Se il testatore non ha nominato una tale persona, la legge allora fissa una persona, la quale, come fiduciaria, provvede all'esecuzione dell'ultima volontà del de cuius diretta all'adempimento dell'onere. Egli non esige la prestazione per se stesso, ma solamente per lo scopo prestabilito dal testatore. Nella scelta di questo « esecutore testamentario legale », se così si può chiamarlo, è, secondo il nostro codice, un elemento soggettivo di importanza decisiva: vengono cioè ammesse quelle persone che hanno un interesse; non è presupposto un interesse proprio ed egoistico. La posizione di questo esecutore testamentario legale è, secondo Escher, [118]) quella di un « interessato » all'esecuzione dell'onere, e non quella dell'esecutore testamentario proprio [119]).

Un diritto d'azione spetta pure ad una persona morale: quando infatti si tratta di oneri imposti nell'interesse di una tale persona, l'azione spetta precipuamente ma non esclusivamente agli organi

---

117) Tuor, op. cit., nota 16 all'art. 482.

118) Escher, op. cit., nota 1 all'art. 482 (I edizione).

119) Vedi pag. 124.

della stessa (così senza dubbio ove esista un interesse proprio ad ogni membro della corporazione o ad ogni partecipante ai vantaggi di una fondazione).

Un interesse fondato ha pure il comitato di una società umanitaria, quando il testatore ha posto un onere che torna di vantaggio specialmente e solamente ad esso, ma anche alle istituzioni agenti nello stesso campo di una certa regione geografica, la cui estensione è da stabilirsi con la giusta interpretazione. Inoltre si potrebbe avere il caso in cui il testatore lega una collezione scientifica con l'onere di consegnarla ad un museo della sua città natale: ognuno il quale, come docente o membro dell'amministrazione di questo museo, forse anche quale visitatore serio ed entusiasta (pure un qualsiasi profano), avesse un interesse all'esecuzione di tale onere, sarebbe legittimato all'azione. È da escludersi però una persona che sia totalmente disinteressata.

Da ultimo entrano in considerazione le *autorità*. Nel caso di oneri imposti nell' interesse pubblico, devono vegliare al loro adempimento in prima linea le autorità che rappresentano l'ente pubblico in questione. Quali autorità siano autorizzate, lo fissa il diritto pubblico: possono essere autorità federali, cantonali, comunali, ecclesiastiche. Questo diritto delle autorità è della stessa natura giuridica di quello concesso alle altre persone già considerate prima. A seconda delle circostanze, si dovrà intravvedere la presenza o meno di un interesse pubblico. A nostro parere esisterà un simile interesse quando, non solamente una o più persone, ma una cerchia indeterminata di persone sia interessata all' esecuzione dell' onere. Quando le autorità pubbliche fanno valere un diritto d'azione, esse devono pure provare l'esistenza di un interesse pubblico. Non esiste tuttavia per le autorità un dovere civile giuridico di richiedere l'esecuzione di un onere successorio; a nostro modo di vedere riteniamo che dalla natura stessa dell'onere deve risultare l'incombenza d'ufficio delle autorità competenti.

Concludendo, possiamo riassumere dicendo che le persone legittime ad agire per ottenere l' adempimento dell' onere all' infuori dell'eventuale beneficato dallo stesso onere, il quale conserva l'azione in ogni caso, sarebbero dunque, per il nostro diritto, in linea di priorità le seguenti: l'esecutore testamentario, l'amministratore dell'eredità, l'erede designato dal testatore, gli eredi istituiti, gli eredi legittimi, i coeredi, le persone morali e le pubbliche autorità.

§ 20. Natura dell'azione.

Vogliamo dapprima analizzare la relazione giuridica che passa tra le diverse persone citate nell'ultimo paragrafo e autorizzate a far adempiere un onere. Ognuna di queste può richiedere l'esecuzione dell'onere; al momento dell'esecuzione dell'onere cade però, con l'adempimento, il diritto delle altre persone autorizzate.

Secondo *Hellwig* [120]), queste persone aventi il diritto d'azione sarebbero creditori solidali (Gesamtgläubiger). Questa opinione, sebbene esistano certe analogie con la relazione di creditori solidali, non è accettabile poichè le persone autorizzate non sono creditori veri e propri nel senso del diritto creditorio, non facendo ognuna di esse valere il diritto per se stessa, ma semplicemente movendo l'azione contro il gravato per l'adempimento dell'onere. D'altra parte si deve tener presente il fatto che le singole azioni di quelle persone sono indipendenti l'una dall'altra. Inoltre, mentre i creditori solidali sono sempre in relazione giuridica col debitore e tra di loro, gli interessati aventi il diritto d'azione, prima di far valere questo loro diritto, non sono in nessuna relazione giuridica fra di loro. Dunque il concetto di creditori solidali esposto da Hellwig è da escludere.

* * *

Passiamo ora a considerare e ad analizzare la natura giuridica dell'azione d'adempimento. Questo problema ha portato, nella letteratura a grandi diversità di opinioni.

Kliebert [121]) costruisce la natura di questa azione nel seguente modo: egli parte dal concetto che l'onere sia una relazione debitoria, la quale per conseguenza presuppone un creditore e un debitore. Quale debitore Kliebert cita il gravato e quale creditore il testatore.

Anche se questi, quale autorizzato materialmente, non sia più presente, il suo diritto è non di meno valido nello stesso modo con cui l'obbligo è divenuto efficace. Ora, poichè il testatore non può far valere il suo diritto creditorio, la legge ha provveduto a mantenere in vita questo diritto, concedendolo alle persone autorizzate. Questa teoria non possiamo condividerla: infatti nell'onere manca un creditore avente il diritto materiale di esigere la prestazione nel senso delle relazioni debitorie. In queste relazioni poi, il creditore ha, per forza di legge, diritto alla prestazione da parte del debitore: nell'onere invece il gravato è tenuto ad adempiere una prestazione senza conferire a nessun terzo un diritto di pretenderla. Inoltre lo

120) Hellwig. - Verträge auf Leistung zu Dritten, pag. 312.
121) Kliebert, op. cit. pag. 96.

scopo di una relazione creditoria è quello di accontentare gli interessi del creditore stesso o di servire a una terza persona. Dal fatto già rilevato che l'onere non conferisce nessun diritto ad un terzo, ne segue che l'adempimento dell'onere può anche non servire all'interesse delle persone autorizzate o di un terzo, quindi pure del testatore. L'opinione di Kliebert non può trovare nessun riconoscimento, mancando infatti nell'azione un « diritto creditorio materiale ».

Secondo *Endemann* si tratta non di un diritto creditorio, ma semplicemente di un diritto d'azione formale (formelles Klagerecht) che « der Berechtigte kraft Amtes oder anvertrauter Macht als Vollstrecker des Willens des Erblassers ausübt »[122]).

L'opinione di *Leonhard* e di *Schultze*, che cioè si tratti di un diritto nell' interesse di una terza persona autorizzata, non sodisfa affatto, poichè colui che ha il diritto di azione non cerca l' interesse di un terzo: non agisce cioè quale fiduciario. Fiduciario è infatti colui che riceve come propri interessi altrui e con questi egli vuol raggiungere uno scopo, per la realizzazione del quale devono aver maggiore importanza non i suoi interessi ma quelli altrui. Noi invece abbiamo visto come le persone aventi il diritto di azione posseggano spesso un proprio interesse che può essere anche patrimoniale.

Kipp[123]) è del parere che le persone autorizzate a far adempiere l'onere, non esigono la prestazione per se stesse, ma per un terzo scopo. La relazione sarebbe la medesima di quella del promissario in un contratto a favore di terzi. Questa opinione, come lo vedremo, si avvicina molto a quella dei nostri commentatori.

Come si è potuto constatare, queste divergenze di vedute derivano dal fatto che il problema è stato posto con la domanda, se si tratti o no di un vero diritto creditorio materiale oppure di una competenza puramente formale. Non si può parlare di un vero diritto creditorio già per il fatto che, come più avanti lo vedremo, l'attore non ha assolutamente alcun diritto di pretendere un risarcimento dei danni, nel caso che il gravato, per colpa sua, non possa più adempiere l'onere impostogli. D'altra parte il diritto d'azione è più che una semplice competenza formale, poichè secondo l'articolo 482,1 CCS è richiesto anche un momento soggettivo, cioè un proprio interesse. Per questa ragione non si può parlare di un esecutore testamentario legale o di un fiduciario del de cuius (vedi opinione di Schultze); vien richiesto infatti, e non vien solo concesso, un proprio interesse, ciò che è in concordanza con il concetto di fiduciario: inoltre alla forza legale non corrisponde nè un dovere legale nè una responsabilità.

122) Endemann: Lehrbuch des Bürg. Rechtes, Vol. III, pag. 741.

123) Kipp: Wer kann nach BGB mit Vermächtnissen belastet werden. Erlangen 1901.

A nostro giudizio riteniamo che questo diritto d'azione sia niente altro che un caso di rappresentanza legale nell'interesse di un terzo, nel quale caso diventa decisivo, per la scelta del rappresentante, un momento soggettivo (caso di rappresentanza nell'interesse del testatore).

Il prof. Tuor [124]) sostiene che non si può trattare di un'azione di carattere attinente al diritto delle obbligazioni neppure nel caso in cui esistesse un determinato destinatario [125]), ma di un'azione di natura speciale tendente all'esecuzione della volontà del testatore quale risulta dall'imposizione dell'onere. Il destinatario non può quindi pretendere che sia fatta direttamente la prestazione a lui stesso, ma solo che si eseguisca la disposizione, donde può risultare indirettamente, a seconda del contenuto di questa, una prestazione a suo favore. Constatiamo dunque come anche il prof. Tuor tenda a considerare il terzo beneficato come un fedele esecutore della volontà (e quindi degli interessi) del de cuius e non come una persona la quale abbia solo esclusivi interessi personali.

Talvolta l'adempimento dell'onere deve essere preceduto da una esatta constatazione, delimitazione e ripartizione, della prestazione, che di regola il gravato deve mettere in armonia con le disposizioni dettagliate del testatore, o, in difetto di queste, con la regola dell'art. 2,1 CCS; così specialmente quando l'onere non è imposto a favore di persone, di una cerchia ristretta o larga, designate nominativamente. Per es.: « Si deve comperare un vestito per ogni allievo povero del paese X », oppure: « si devono distribuire ai poveri della città, 500 paia di scarpe ». Con l'azione, gli interessati possono chiedere non solo l'adempimento, ma anche il *giusto* adempimento dell'onere corrispondente alla volontà del testatore (cioè se si trascuri per es. una persona da ritenersi compresa tra le persone beneficate).

Escher [126]) ritiene invece che la persona autorizzata a richiedere l'esecuzione dell'onere, eserciti questo diritto di propria forza, e non, come noi lo crediamo, quale rappresentante di interessi altrui: non sempre però la prestazione richiesta tocca a lui. Ciò sarà il caso, quando egli è in pari tempo il beneficato. Anche Escher è però d'accordo sul punto che l'interessato autorizzato all'azione richieda la prestazione non per se stesso, ma per lo scopo voluto dal de cuius. La sua posizione si avvicina quindi a quella di un esecutore testa-

---

124) Tuor, op. cit., nota 17 all'art. 482 CCS.

125) Dunque ed a ragione il beneficato da un onere è un destinatario e non un creditore della prestazione. Per questa caratteristica egli si distingue dal legatario.

126) Escher, op. cit., nota 21 all'art. 482 CCS.

il compito impostogli e che non è responsabile, di fronte al diritto civile, per la giusta esecuzione.

Ora, l'obbligo di fare o di dare qualche cosa si risolverebbe per il terzo interessato, come in materia di obbligazione, in un risarcimento dei danni a suo favore? In diritto svizzero, il prof. Tuor lo esclude assolutamente, esprimendosi in tal modo; « Poichè l'azione non è di natura obbligatoria, chi è legittimato alla stessa non ha il diritto di pretendere il risarcimento del danno, nel caso di colpevole inadempimento ». Escher si esprime a proposito pure nello stesso modo, aggiungendo tuttavia che coll'esclusione di un risarcimento dei danni vien indebolita la protezione legale dell'onere.

Curti-Forrer [127]) ribadendo il concetto, riconosce anch'egli che siccome il beneficiario dell'onere non è creditore del gravato, egli non potrebbe pretendere alcun risarcimento, in caso di inadempimento.

Krayenbühl spiega questo concetto con il ragionamento che se l'onere conferisce un diritto creditorio ordinario, esisterebbero di fronte al debitore uno o più creditori determinati e non già un numero indeterminato di persone, quante son comprese nell'espressione dell'art. 182,1 « qualsiasi interessato ».

Rossel e Mentha sostengono nella prima edizione del loro Manuale e ribadiscono nella seconda che il beneficiario dell' onere avrebbe eventualmente il diritto di domandare il risarcimento dei danni in caso di inadempimento colpevole dell'onere da parte del gravato. Sono gli unici autori che vedono nell'azione d'adempimento un'azione di natura creditoria ordinaria, come nel caso del legatario. Questa opinione tuttavia ci pare insostenibile: noi riteniamo infatti che l'onere non conferisce nessun diritto di risarcimento dei danni. È anzi questo il reale carattere distintivo dell'onere dal legato stesso e non sapremmo più in realtà distinguerli fra di loro se si conferisse al destinatario dell'onere il diritto di natura obbligatoria di pretendere la prestazione propria del legato (art. 562). Rossel e Mentha aggiungono inoltre non essere dubbio che il giudice abbia il potere di decidere che l' inadempimento avrà per conseguenza la revoca della disposizione, se questa conseguenza sia stata voluta espressamente o tacitamente dal testatore.

Potrebbe ora nascere questa domanda: l'azione d'adempimento può essere ereditaria? Finchè la persona autorizzata è in vita, essa e solo essa ha il diritto a questa azione; in caso di morte invece di questa persona, si è generalmente dell'opinione che il diritto d'azione non sia ereditario, per il fatto che esso è di natura strettamente

127) Curti-Forrer, op. cit. pag. 717.

personale [128]) e anche perchè il diritto vale contemporaneamente per tutti coloro che hanno un interesse all'adempimento dell'onere, siano essi eredi o meno, siano essi in parentela con il testatore o no. Gli eredi possono tuttavia, se del caso, promuovere l'azione nel proprio interesse. Similmente l'azione d'adempimento non può essere pignorata dai creditori, nè data in pegno, nè essere ceduta. Anche in questo caso i creditori possono promuovere l'azione nel proprio interesse. Dal momento poi che si tratta di un diritto senza valore patrimoniale, per la persona autorizzata, un pignoramento o un'ipoteca sono privi di ogni scopo; così pure dicasi a riguardo di una cessione o di una rinuncia del diritto d'azione.

§ 21. Scadenza dell'azione.

Innanzitutto bisogna vedere se il testatore nella sua disposizione abbia espressamente fissato un termine per la prestazione dell'onere oppure se questo termine non si possa dedurre dalle varie circostanze. La scadenza della prestazione avviene allora al momento prestabilito e l'autorizzato all'esecuzione non può esigere la prestazione prima di questo termine fissato. Dunque la volontà del testatore e anche la natura della disposizione possono richiedere, secondo le circostanze, un adempimento anteriore o posteriore a quello usuale (da un lato ove si tratti di disposizioni relative alla sepoltura, di elemosine da distribuire il giorno dei funerali: si pensi al caso frequente nelle campagne ticinesi di una distribuzione di pane ai fuochi del villaggio per il giorno del funerale; dall'altro lato, nel caso di oneri soggetti a termini od a condizioni).

Premessi questi principî che sono di carattere assoluto, vogliamo considerare le regole, di natura dispositiva, che trovano applicazione nel caso che la volontà del de cuius o la natura della disposizione non lascino intravvedere nessuna scadenza richiesta dall'adempimento dell'onere.

Secondo il tenore della legge (art. 482,1 CCS.), l'esecuzione dell'onere può essere richiesta « tosto che la disposizione a causa di morte contenente l'onere abbia spiegato il suo effetto ». (Il testo

128) Kohler nel suo trattato «Ansprüche zu gunsten eines Dritten» chiama il diritto d'azione un «höchstpersönlicher Anspruch» e gli nega perciò il carattere di ereditarietà.

tedesco è: « ... sobald die Verfügung zur Ausführung gelangt ist »). La legge ha commesso qui una trascuranza: infatti essa considera solo il caso dell'onere dipendente, cioè il caso in cui l'onere è aggiunto ad una disposizione a causa di morte ed ha trascurato l'altro caso, non meno importante, in cui un erede legittimo vien gravato con un onere (onere indipendente, per sè stante). Se dunque il gravato è un erede istituito, gli « interessati » potranno far valere i loro diritti solo quando la successione venga materialmente acquisita dall'erede: cioè quando gli eredi legittimi oppure l'amministratore dell'eredità gli abbiano consegnato l'eredità (art. 556, 559). Se l'onere incombe al legatario, l'adempimento di esso non può essere richiesto dagli interessati già nel momento in cui il legatario ha il diritto al legato (art. 543), oppure già quando il diritto al legato è esigibile a tenore dell'art. 562,2, ma solo nel momento in cui il legato viene effettivamente pagato, corrisposto. Le persone aventi il diritto di richiedere l'adempimento dell'onere sono protette contro la malafede del legatario (qualora questi protragga l'accettazione del legato offertogli forse al fine di vessare gli interessati all'onere) dalle disposizioni dell'art. 2,1 CCS, secondo il quale ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Nel caso che l'onere sia assolutamente indipendente, noi pensiamo che la regola enunciata dall'art. 562,2 per il legatario: « se altro non risulta dal testamento, il suo diritto diventa esigibile dal momento in cui il gravato ha accettato la successione o non può più rinunciare alla stessa » è applicabile per analogia all'onere. Gi interessati potranno quindi agire solo dal momento in cui gli eredi legittimi siano definitivamente immessi nel possesso dell'eredità, quindi col trascorso infruttuoso del termine per la rinuncia all'eredità (art. 570), rispettivamente con la perenzione del diritto alla rinuncia (art. 571).

Da quanto abbiamo ora detto, ne consegue che la posizione giuridica della persona gravata da un onere è più favorevole di quella del gravato da un legato: infatti per lo stesso art. 562,2 il diritto del legatario vale già con la definitiva acquisizione legale dell'eredità o del legato, senza che la possessione debba essere fattivamente trasmessa al gravato. Il fondamento di questa incoincidenza dei termini di scadenza è irreperibile: secondo l'opinione di Escher [129]) il gravato da un onere, che è in sostanza meno gravato, non merita un simile privilegio.

Il testo francese e italiano dell'art. 482 lasciano intravvedere un'altra interpretazione nel senso che la scadenza dell'onere entra nel momento in cui le disposizioni siano diventate *legalmente* efficaci a favore del gravato: dunque quando è gravato l'erede istituito,

129) Escher, op. cit. nota 8 all'art. 482 CCS.

nel momento in cui egli abbia lasciato passare, senza utilizzarlo, il termine di rinuncia. Se invece è gravato un legatario, il diritto d'azione scade allora al momento in cui scade il diritto al legato (art. 562,2) e quindi non solamente al momento della consegna reale del legato. Se gravato è infine l'erede legittimo, il diritto d'azione nasce con lo spirare inutilizzato del termine di rinuncia. Con simile interpretazione si viene quindi a porre sullo stesso piano l'onere e il legato, per quel che riguarda la scadenza dell'azione.

La regola dell'art. 482 secondo la quale si può richiedere l'esecuzione dell'onere tosto che la disposizione abbia spiegato il suo effetto, crea solo una presunzione legale a favore della subitanea eseguibilità.

Come abbiamo già accennato, sarà quindi compito del gravato di portare la prova che quella regola non corrisponda alla volontà del testatore. Così il Tribunale cantonale di Neuchâtel, con sentenza 1° febbraio 1926, ha stabilito quanto segue: il legato con il quale il testatore lega la sua proprietà di St. Blaise, nel suo stato attuale, all'ospedale « des Cadolles » per crearvi un asilo di convalescenti, è un legato gravato da un onere. La regola dell'art. 482 secondo la quale l'esecuzione di un onere può essere richiesta tosto che il legato è stato consegnato, non è di diritto imperativo. Essa non crea che una *presunzione a favore della eseguibilità immediata.* Il legatario che pretende di essere in diritto di non eseguire immediatamente l'onere, ha l'obbligo di portarne la prova. In mancanza d'altre prove, il silenzio del testatore, per ciò che riguarda il termine entro cui l'onere dovrà essere adempiuto, non è sufficiente per rigettare la presunzione della legge. Se il legatario non vuole eseguire immediatamente l'onere, il giudice dovrà fissargli un termine perentorio, e se ancora il legatario, per sua colpa, non adempie l'onere, il legato dovrà essere considerato come ripudiato [130]).

A simile conclusione è giunta pure una decisione della Cassazione di Roma, la quale con sentenza 12 febbraio 1912, ha pronunciato che il legatario che non adempie nella maniera voluta dal testatore il « modus » a cui è subordinato il legato, non può pretendere il pagamento e deve restituirlo se pagato, specialmente quando sia stata intenzione del testatore che l'intero legato rappresentasse il corrispettivo dell'onere [131]).

* * *

Luogo d'adempimento e competenza giudiziaria. Quale sarà il luogo in cui il gravato dovrà adempiere l'onere? In mancanza di prescrizioni speciali riguardo al luogo d'adempimento, si dovranno

130) Vedi Rivista Svizzera di Giurisprudenza, anno 22, pag. 359.
131) Vedi il Foro Italiano, anno 1912, pag. 462.

applicare i principi generali valevoli per le obbligazioni. Se il testatore non ha stabilito nessun luogo, la prestazione deve avvenire nel luogo in cui il gravato aveva il suo domicilio al momento della formazione dell'obbligo oneroso (art. 74, cifra 3 CO.). Un cambiamento di domicilio dopo la formazione di questo obbligo non ha più alcun valore. Non ha bisogno di ulteriori spiegazioni il fatto che per es. un fondo, se questo è l'oggetto dell'onere, può essere consegnato solo nel luogo ove esso si trova e che il denaro dev'essere spedito al beneficato.

Per la competenza reale giudiziaria è decisivo il valore dell'oggetto della lite. Il gravato dev'essere citato davanti al tribunale competente del suo luogo di domicilio. Se è gravata una persona morale, è di competenza il tribunale che risiede nel luogo in cui si trova l'amministrazione della persona morale. Accanto a questi tribunali abbiamo inoltre il così detto « Forum hereditatis » cioè il tribunale competente per l'eredità, poichè l'esecuzione di un onere è un diritto che scaturisce necessariamente da una disposizione a causa di morte.

§ 22. Azione di riduzione di oneri passivi e gravamento della legittima.

È nell'indole e nella ragione dell'onere che il suo valore non abbia a superare il valore della disposizione a cui esso è aggiunto e rappresenti quindi una passività per la persona gravata. Tuttavia, dato che il puro capriccio sta spesse volte alla base delle disposizioni testamentarie, può presentarsi il caso in cui il valore dell'onere superi quello della disposizione.

Se la disposizione è un legato, come lo è nella maggior parte dei casi, il legatario gravato da un onere può rinunciare al legato a tenore dell'art. 577 CCS. Il ripudio del legato non è subordinato nel nostro diritto nè a forma, nè a termini. Il legatario vi può rinunciare sia tacitamente che espressamente. Il legato ripudiato è caduco, il suo acquisto provvisorio è considerato come se non abbia mai avuto luogo: si cade nello stesso caso in cui il beneficato sia morto prima dell'apertura della successione; l'art. 577 CCS. dichiara che « la rinuncia al legato fatta dal legatario profitta al debitore di esso, se però una diversa intenzione non risulti dalla disposizione ». I Motivi dicono a proposito che « non bisogna dimenticare

che un legatario gravato può naturalmente dichiarare al secondo legatario che egli accetta il legato e trovarsi così obbligato di fronte a lui, poichè questa dichiarazione gli impedisce di liberarsi unilateralmente dall'onere del secondo legato». Ma se il legatario non rinuncia e non accetta, quale inferenza bisogna trarre dalla sua inazione? La presunzione sarebbe per la non accettazione del legato. Opiniamo quindi che il legatario di legato oberato cioè passivo, possa opporre, in ogni tempo, al beneficiario dell'onere, che lo azioni in adempimento della sua non accettazione del legato. A scanso tuttavia di equivoci e di contestazioni, è consigliabile che il legatario di legato oberato faccia espresso atto di ripudio.

L'acquisto del legato, che può essere tacito o espresso, come la sua rinuncia, obbliga il legatario gravato alla esecuzione dell'onere superiore alle forze del legato ed è irrevocabile. Il legato gravato da un onere, con la sua rinuncia, passa agli eredi legittimi o istituiti con l'obbligo formale da parte di questi di eseguire l'onere che lo grava.

L'art. 569. CCS regola il caso di eredi legittimi o istituiti che muoiano prima di avere esercitato il loro diritto di opzione. Gli eredi del legatario che sarà morto senza aver preso una decisione in merito, possono accettare o ripudiare, sotto le stesse condizioni, il legato diretto al legatario. Il loro diritto di opzione è divisibile fra loro, supposto però che il de cuius non abbia manifestato una intenzione contraria o che questa divisibilità non sia esclusa dalla natura degli oneri del legato.

Dunque il legatario gravato da un onere superiore alle forze del legato dovrebbe, per liberarsi da simile aggravio, ripudiare il legato. Non potrebbe essere data un'altra soluzione la quale sia meno assoluta e più equanime? Il legatario gravato non potrebbe per es. domandare una riduzione dell'onere contenuto nel legato conformemente all'art. 486,1 CCS. Secondo questo articolo, infatti i legati che sorpassano sia le forze della successione sia la liberalità fatta al debitore del legato, sia la quota disponibile possono essere ridotti proporzionalmente.

Gli oneri non contengono una liberalità a un beneficato, ma un aggravio per il gravato. E poichè l'art. 486 regola appunto l'estensione e la portata dell'aggravio, non sembra esistere alcuna ragione di non applicarlo analogamente all'onere. Contro questa affermazione pare tuttavia esistere un'osservazione nei Motivi dell'avamprogetto di Huber[132]). L'autore del CCS. dice infatti a proposito: «Riguardo agli oneri, non vien concessa al gravato un'azione di riduzione, e resterebbe a vedere se la responsabilità dell'adem-

132) Huber: Motivi all'avamprogetto dal CCS. 1,394.

pimento degli oneri non debba essere limitata all'importo di ciò che il gravato riceve dalla eredità, rispettivamente che sorpassa la sua porzione legittima. Noi abbiamo però preferito di non stabilire, a proposito, delle regole, nel senso che il gravato, quando egli trovi l'onere troppo grave, venga ad un compromesso con la persona autorizzata a muovere l'azione d'adempimento oppure possa rinunciare all'eredità a tenore dell'art. 583 CCS. Se però egli ha accettato l'eredità, egli è responsabile personalmente dell'esecuzione dell'onere come un gravato che, di fronte ad un legato oberato non ha richiesto la riduzione ». Così si esprime Eugenio Huber circa questo problema.

Riteniamo che un simile privilegio della persona interessata, in confronto con il legatario, sia ingiusto: essa possiede del resto un diritto più debole di quello del legatario di fronte al gravato, come prima abbiamo visto. L'autore del codice civile espone qui una soluzione che non ci sembra accettabile senza restrizioni. Inoltre l'ultima frase: « Noi abbiamo però preferito di non stabilire alcuna regola a proposito ... » sorvola nello stesso tempo il caso in cui il valore dell'onere sorpassi quello dell' eredità o gravi la legittima della persona gravata, come lo prova indubbiamente la frase precipitata che segue immediatamente alle parole: « ... e resterebbe a vedere se la responsabilità dell' adempimento degli oneri non debba essere limitata all'importo di ciò che il gravato riceve dall'eredità, rispettivamente di ciò che sorpassa la sua legittima ». Strana appare l'opinione professata da parecchi autori francesi (il Troplong e il Furgole per es.) i quali, basandosi su di una legge di Giustiniano, sostengono che nonostante l'accettazione del legato, il legatario non è tenuto ad adempiere l'onere che fino a concorrenza della liberalità a lui fatta « nam quod amplius est, inutiliter relinquitur ». Il codice francese tuttavia non lo dice e tanto meno permette di inferirlo.

Riprendendo ancora l'opinione sopra esposta di Huber e esaminando le due vie aperte al gravato da un onere, cioè o una intesa con coloro che hanno il diritto d'azione se l'onere è troppo grave, oppure la rinuncia all'eredità, possiamo immediatamente renderci conto che nè l'una nè l'altra possono convenire all'erede legale (avente cioè il diritto alla porzione legittima). Fin che l'onere non gravi la sua legittima, l'erede gravato deve naturalmente eseguirlo integralmente, ma l'onere è troppo grave se esso tocca la legittima. Una intesa fra il gravato e la persona « interessata » all'adempimento dell'onere è allora impossibile, poichè l'erede legittimo pretenderebbe il montante della parte successoria che gli garantisce la legge, cioè l'annullamento totale dell'onere, in quanto questo gli pregiudica i suoi diritti, mentre l' interessato al contrario vorrebbe

il suo mantenimento. La rinuncia poi non rappresenta indubbiamente un mezzo che l'erede legittimo possa adoperare.

Il frammento dei Motivi da noi riportato, va dunque direttamente contro la disposizione così chiara dell'art. 470.1 CCS: « Chi muore lasciando discendenti, genitori, fratelli o sorelle o il coniuge, può disporre per causa di morte della parte dei suoi beni, *eccedente la loro porzione legittima* ». Ora, l'onere, nel caso particolare, è una disposizione a causa di morte: secondo i Motivi dunque il testatore avrebbe il mezzo di raggirare a suo piacere le prescrizioni che sono di ordine pubblico e che egli renderebbe inutili e vane.

Per tutte queste ragioni non ci sembra supponibile il fatto che l'onere non possa nuocere ai diritti dell'erede legittimo. Per questo motivo il vecchio art. 428 del progetto del 1895 [133]) diceva: « I diritti degli eredi legittimi alla parte di eredità di cui il defunto non ha la facoltà di disporre, costituiscono la loro porzione legittima e non potranno essere gravate con *oneri*, restrizioni o condizioni qualunque », e il tenore del commentario che si trova in relazione al progetto [134]) corrisponde esattamente a quanto noi abbiamo detto precedentemente.

Pensiamo dunque che bisogna interpretare le cose come segue. Il passaggio dei Motivi 1.394: « Contro gli oneri non vien concessa un'azione di riduzione... », nel quale Huber riconosce come cosa naturale che il gravato da un onere non abbia l'azione di riduzione, si può spiegare con l'intenzione del legislatore tendente ad avvicinare l'onere alla condizione [135]). La riunione costante dell'onere e della condizione nei tre capoversi differenti dell'articolo 482 costituisce già un indizio.

Tuttavia la disposizione del capoverso 2: « gli oneri e le condizioni immorali e illecite rendono nulla la disposizione » può sorprenderci se si considera che l'onere è una disposizione indipendente e non una semplice modalità. Perchè dunque esso dovrebbe trascinare nella sua caduta tutta la disposizione che esso grava? Applicato invece alla condizione, l'art. 482.2 sembra pienamente giustificato. Si deve dunque trovare un nuovo indizio a favore dell'opinione da noi difesa nel fatto che l'art. 482 non parla che degli oneri gravanti le disposizioni del de cuius, cioè contempla solo il caso in cui il carattere di indipendenza dell'onere appare

---

133) Vedi I avamprogetto con Motivi di Eugenio Huber, 1893-1900.

134) Dilucidazioni del I avamprogetto, pag. 151, Nota 7.

135) Letztere (die Auflage) unterscheidet sich von dem Vermächtnis darin, dass durch sie kein Bedachter gegeben wird. Dadurch kommt die Auflage mit Bedingung und Vorbehalt in nähere Verbindung, so dass wir diesfalls zusammenfassend in Art. 437 (l'attuale 482) drei Bestimmungen aufstellen konnten... (Motivi del progetto del 1895, 2 149).

minimamente e in cui questo si avvicina estremamente alla condizione. Evidentemente l'autore dei Motivi ha pensato avantutto agli oneri dell'art. 482.

Dopo queste spiegazioni, appare più chiara la ragione perchè il gravato non possieda l'azione di riduzione contro una disposizione, che nel caso dell'art. 482 (si tratta di disposizioni gravate da oneri) si presenta, secondo la volontà del legislatore, meglio sotto l'aspetto di una modalità che di una disposizione indipendente. D'altra parte, l'avvicinamento del passaggio precitato 1,394, già esistente nei Motivi del 1895, all'art. 428 del progetto correlativo, prova che l'autore di detto progetto non ha mai creduto di difendere il mantenimento dell'onere a detrimento della legittima. E poichè la frase: « Noi abbiamo preferito di non stabilire a proposito nessuna regola, nel senso che il gravato, se trovi l'onere troppo grave, s'intenda con coloro che hanno il diritto d'azione oppure rinunci all'eredità » non dà alcuna soluzione accettabile, ci resta solo da cercare quale sia il mezzo che, secondo la legge, sia il meglio indicato per proteggere l'erede legittimo. Ci sembra quindi naturale di concedere a quest'ultimo l'azione di riduzione nonostante l'opinione di Huber, quando l'onere, quale disposizione assolutamente indipendente, gravi la porzione legittima, per analogia con il legato. Ma anche quando il gravato è un erede istituito noi riteniamo che l'azione debba essere concessa, poichè l'onere, nonostante la tendenza marcata dell'art. 482, rimane una disposizione indipendente e poichè questa soluzione si impone per la salvaguardia dei diritti sulla porzione legittima. Non concedendo l'azione di riduzione, si creerebbe inoltre una troppo facile via traversa per cui ledere la legittima [136]).

Circa la natura di questa azione di riduzione, dobbiamo dire che non si tratta di un'azione di riduzione nel vero senso della parola, nè di un'azione di nullità, sebbene essa abbia in comune con entrambe alcune caratteristiche, ma dell'azione speciale contemplata nell'art. 531 riguardo alla sostituzione fedecommissaria e

---

136) A proposito di lesione della legittima la Camera d'Appello I del Tribunale Cantonale di Zurigo in una lite d'eredità ha deciso con sentenza 23 agosto 1902 che l'intenzione del testatore, la cui disposizione aveva leso il diritto alla legittima di un erede, non deve necessariamente tendere al nocumento dell'erede, ma che per il contesto della disposizione basta il fatto che il testatore era conscio essere la libertà devoluta ad una persona possibile solo con la lesione del diritto alla legittima degli eredi (vedi Blätter für zürcher. Rectsprechung, vol. II).

Il Tribunale tedesco con sentenza 2 novembre 1880 ha deciso che una disposizione causa di morte gravante una legittima è «ipso iure» nulla, poichè l'erede legittimo riceve la sua quota ereditaria in forza di legge, quota che non gli può essere tolta. D'altra parte una disposizione a causa di morte, come l'onere od una condizione, non rappresenta certamente un vantaggio dell'erede legittimo, ma un aggravio non contemplato dalla legge (vedi decisione del Reichsgericht 2,366).

applicabile per analogia all'onere gravante la legittima. Così essa non contiene le ragioni di nullità dell'art. 519, 520, ma un fondamento tolto dal diritto di riduzione, vale a dire la lesione della legittima. In concordanza con l'azione di riduzione, non vien annullata tutta la disposizione che lede la legittima, (cioè l'onere); l'attore non riceve inoltre la sua porzione legittima. L'onere vien annullato piuttosto solo in relazione all'importo del valore della legittima [137]), senza che ciò debba essere stabilito secondo le regole vigenti per la riduzione: così non si può intrapprendere un paragone del valore della quota disponibile del testatore con il valore dei diritti della persona interessata all'onere, dato che la stima del valore dell'onere incontra spesso difficoltà grandi ed insuperabili. Presupposto dell'azione non è, contrariamente all'azione di riduzione propria, il fatto che l'erede non ha ricevuto la legittima, ma il fatto che la legittima sia gravata da un onere. Con le due azioni sopracitate, l'azione dell'art. 531 ha in comune la regola che l'annullamento dell'onere non avviene per via legale, ma solo dopo aver mosso l'azione. In generale si può dire che l'azione considerata non è identica all'azione di riduzione, ma le sta molto più vicino dell'azione di nullità; ciò lo dimostra il fatto che la posizione dell'art. 531 nella sistematica si trova nel sottotitolo « Effetti della riduzione ».

Secondo l'art. 533 valevole per questa ragione anche per l'azione da noi contemplata, quest'ultima si prescrive col decorso di un anno dal momento in cui gli eredi hanno conosciuto la lesione dei loro diritti, ed in ogni caso col decorso di 10 anni computati per le disposizioni testamentarie dal momento della loro pubblicazione e per le altre liberalità dalla morte del disponente. Se una disposizione anteriore è diventata valida per l'annullamento di una posteriore i termini allora decorrono dal momento della dichiarazione di nullità.

§ 23. **Azione di restituzione della persona gravata.**

Vogliamo nel presente paragrafo considerare e studiare un'azione di restituzione contemplata nell'art. 565 CCS. e concessa sia ad un erede che a un legatario nel caso che questi ultimi, dopo il sodisfacimento dei legati, abbiano pagato dei debiti ereditari da

137) Vedi la decisione del Tribunale d'Appello di Zurigo in «Blätter für zürcher. R'sprechung, vol. 19, pag. 13.

loro non conosciuti anteriormente. La stessa azione è applicabile per analogia agli oneri [138]). L'art. 565 è un complemento dell'art. 486, il quale enuncia il principio generale secondo cui un erede o un beneficato possono chiedere una riduzione dei legati (nel nostro caso dell'onere gravante la legittima) proporzionata all'eredità, rispettivamente alla liberalità ad essi pervenuta. Siccome, quale disposizione a causa di morte, l'onere non è ancora adempiuto al momento dell'apertura della successione, l'erede gravato non deve necessariamente procedere mediante azione, ma può aspettare tranquillamente l'azione della persona interessata e autorizzata, ed opporle, senza limitazioni di tempo, l'eccezione desunta dall'art. 486. Ora, se in base alla stima fatta del valore della sostanza ereditaria, un erede legittimo od un legatario gravato crede di poter e di dover sodisfare pienamente o in una data misura gli oneri a mezzo dell'attivo dell'eredità stessa, ma si manifestano poi più tardi debiti della successione che fino allora gli erano sfuggiti, non può, per la sua incondizionata accettazione dell'eredità, rispettivamente dell'onere, rifiutarne il pagamento, anche se ciò dovesse significare un intacco alla propria sostanza. I creditori di simili debiti non sono tenuti a riguardi di sorta.

Contro questo ulteriore aggravio della persona gravata interviene il precitato art. 565, concedendo a quest'ultima un mezzo legale per costringere il beneficato dall'onere ad una restituzione della prestazione: questo mezzo è un'azione di restituzione analoga a quella prevista dall'art. 528, che costituisce, come quest'ultima, un caso « sui generis » d'applicazione dell'art. 63 CO. circa il pagamento di un debito inesistente (arricchimento indebito). Gioverà quindi far capo frequentemente alle disposizioni degli articoli precitati.

Nel caso di coeredi, ognuno di questi possiede il diritto d'azione. Se un erede ha pagato dei debiti gravante la successione in una misura eccedente la propria quota ereditaria ed esercita il diritto di regresso verso gli altri coeredi in base alla regola dell'art. 640, anche i coeredi possono eventualmente ottenere un'azione verso i rispettivi beneficati.

Per ciò che riguarda i presupposti dell'azione ed in conformità dei principi relativi alla restituzione dell'arricchimento indebito, si dovrà richiedere:

1. *Il pagamento di un debito inesistente.* Gli oneri sono da considerare come non dovuti nella misura in cui il loro sodisfacimento non possa avvenire con beni ereditari, o meglio, se furono adempiuti prima di certi debiti e quindi ancora con l'attivo dell'e-

138) Vedi Tuor, op. cit. nota 3 all'art. 565 CCS.

redità, in quanto la tacitazione dei debiti in parola dovrebbe effettuarsi successivamente con la sostanza propria dell'erede. La legge presuppone inoltre che i relativi debiti della eredità siano stati pagati solo *dopo* il sodisfacimento degli oneri. Se quindi l'erede tacita dapprima i debiti e adempie poi gli oneri oltre l'importo dell'attivo di cui si tratta, la restituzione è esclusa. Se è possibile, si potrà contestare il sodisfacimento adducendo come ragione l'errore e applicando per analogia ed in forza dell'art. 7 CCS la regola dell'art. 23 CO.

2. *Un errore circa l'esistenza del debito.* Esso consiste nel fatto che l'erede non conosceva al momento dell'adempimento degli oneri i debiti gravanti l'eredità, e che egli quindi riteneva come inesistenti, mentre più tardi tali debiti si appalesarono come in realtà esistenti. Come le fanno osservare Rossel e Mentha, non è possibile provare un fatto negativo. Noi riteniamo che inoltre, se gli eredi affermino di non aver conosciuto l'esistenza dei debiti in questione, sarà compito del beneficato dall'onere, minacciato dall'azione, di provare che ciò non corrispondeva alla verità. In mancanza di speciali indicazioni, bisogna ammettere allora che l'art. 565 si applica anche nel caso che l'erede gravato abbia ignorato colposamente l'esistenza di certi debiti successori al momento dell'esecuzione dell'onere[139]). Secondo il prof. Tuor il gravato potrà ricorrere all'art. 63 CO. basandosi sull'errore incorso nel pagare il debito.

Ora cosa dovrà fare l'erede gravato per raggiungere il suo scopo? Egli dovrà esercitare innanzitutto due azioni: dapprima l'azione di riduzione e secondariamente l'azione di arricchimento indebito. L'azione di riduzione è analoga a quella contemplata nell'art. 525 CCS.; quella di restituzione invece dovrà basarsi sulla regola dell'art. 528 CCS. e dell'art. 63 CO.

La sentenza costitutiva del giudice, che ordina la riduzione, non pronuncia una condanna immediata del convenuto, ma solo una diminuzione degli effetti delle disposizioni del testatore. Ma ciò non giova all'erede gravato (o al legatario gravato) se la disposizione che lede i suoi interessi era già stata eseguita. Alla sentenza costitutiva deve quindi aggiungersi una condanna alla consegna. Tanto i materiali, quanto la letteratura fin qui apparsa conferiscono alla sentenza di riduzione solamente la specifica forza costitutiva, mentre il diritto alla consegna deve essere fatto valere con un'azione particolare che vi si connette, al quale riguardo può tuttavia, se il codice di procedura di cui si tratta e l'identità del foro lo consentono, verificarsi un'azione di cumulazione.

---

139) Vedi Kreyenbühl, op. cit., pag. 248.

L'art. 565 non menziona quale condizione per la limitazione all'arricchimento indebito anche la buona fede del convenuto. Bisogna con ciò ritenere che anche il beneficato dall'onere in malafede venga trattato alla stessa stregua di quello in buona fede? No, perchè innanzitutto non sarebbe una cosa equa e secondariamente perchè, in forza delle regole sull'azione d'arricchimento, il convenuto in mala fede risponde più rigorosamente del convenuto in buona fede.

Da ultimo, vogliamo ancora osservare che secondo l'art. 565,2 la restituzione del singolo legatario (nel nostro caso del beneficato dell'onere) è limitata dalla misura dell'arricchimento al momento dell'azione di regresso (siccome si tratta di sodisfacimenti avvenuti dopo la devoluzione dell'eredità), cioè al momento della richiesta e non dell'introduzione dell'azione.

APPENDICE

§ 24. L'onere nella donazione del CO.

A) Concetto di onere donatorio.

L'istituto dell'onere, contemplato nell'art. 482 CCS quale onere successorio, trova un'altra regolamentazione nel codice delle obbligazioni, in relazione all'istituto giuridico della donazione (art. 245, 246 e 249). Ci condurrebbe troppo lontano una particolareggiata trattazione dell'onere cosiddetto donatorio; tuttavia ci sembra indispensabile di sottoporre questo istituto ad una considerazione giuridica, dato che, accanto a concordanti elementi fondamentali, si appalesano varie divergenze tra le due specie di oneri. Seguendo la medesima disposizione del paragrafo riguardante il concetto dell'onere successorio, vogliamo far precorrere una molto breve considerazione storica, per un miglior intendimento di questo istituto giuridico.

Il diritto romano antico non conosceva affatto il concetto di donazione gravata da un onere. Tuttavia per raggiungere l'effetto della « donatio sub modo », apparsa più tardi, si usava pure l'istituto della « stipulatio ». Con ciò si ottenne che l'aggravio aggiunto ad una donazione in favore del donatario divenisse obbligatorio per

mezzo della « actio ex stipulatu ». Secondo Pernice [140]), doveva essere stata concessa per la « donatio sub modo » una « actio praescriptis verbis » solo ai tempi di Papiniano. Se il donatore si rifiutava di osservare il suo obbligo sorto dalla « donatio sub modo », il donatore poteva richiedere l'intera liberalità, e cioè quale « condictio ob causam datorum » mentre nel caso di impossibilità oggettiva non era data una « condictio » [141]).

Anche il diritto comune conosceva l'istituto dell'onere donatorio, sebbene sulla sua essenza regnassero vive divergenze. La « donatio sub modo » non venne considerata come una vera e propria donazione; fu solo con Savigny che sorse l'opinione, doversi considerare questo istituto come una donazione fino a tanto che, dopo l'adempimento dell'onere, rimanesse un arricchimento a favore del gravato.

L'art. 245 CO e così pure, come abbiamo visto, l'art. 482 CCS per l'onere successorio, non contiene alcuna definizione speciale di onere donatorio; in mancanza di questa, dovremo perciò ricavare il concetto di questo istituto dalle considerazioni storiche e dai principi esposti negli articoli 245, 246 e 249. Possiamo dunque dire che esiste una donazione gravata da un onere, quando il donatore aggiunge ad una liberalità fra vivi un obbligo del donatario, senza che questa proprietà abbia a far sorgere una controprestazione. Quando un donatore pone un onere sulla donazione, egli vuol raggiungere lo scopo di assicurarsi una prestazione da parte del donatario, prestazione che egli, sotto altre circostanze (per esempio se non entrassero in considerazione momenti etici) si avrebbe riservata come controprestazione. Estrinsecamente questa azione giuridica si presenta sotto l'aspetto che il donatore non fa dipendere contrattualmente la liberalità dal raggiungimento di uno scopo egoistico; egli vuole innanzitutto donare e perciò trasmette subito la proprietà della donazione al donatario; l'onere poi non è che una clausola protetta pure dalla legge. Questo cosiddetto contratto accessorio sta in una originale connessione con il contratto principale (contratto di donazione), in quanto esso non muta in linea generale il carattere di quest'ultimo, e d'altra parte è condizionato nella sua essenza e nei suoi effetti dal contratto principale [142]).

Il contenuto dell'onere donatorio è lo stesso di quello dell'onere successorio. Esso può avere un carattere diverso; inoltre non è

---

140) Pernice. - Labeo pag. 88.

141) Savigny. - System des heutigen römischen Rechtes, pag. 281, vol. 4.

142) Un esempio storico di una donazione gravata da un onere rappresenta la cosidetta «Zeppelinspende». Dopo l'esplosione del dirigibile Zeppelin (5 agosto 1908) fu lanciato un appello al popolo tedesco di contribuire alla costruzione del nuovo dirigibile.

presupposto che la prestazione abbia sempre un valore patrimoniale: essa può essere fatta a favore dello stesso donatario (modus simplex) oppure a favore di un terzo il quale non necessita di essere determinato (modus qualificatus)[143]). Oneri immorali ed illeciti sono, a tenore dell'art. 17 CO, nulli e rendono pure nulla la donazione da essi gravata. La nullità della liberalità subentra anche nel caso che l'onere sia impossibile; in via d'eccezione questo può venir cancellato e la donazione mantenuta, se il testatore avesse verosimilmente creata la liberalità anche senza l'onere, se cioè il donatario possa provare che il donatore conosceva, già alla conclusione del contratto, l'inefficacia, rispettivamente l'impossibilità dell'onere; in questo caso egli possiede una efficace eccezione contro l'azione dell'art. 246,1.

L'art. 245,3 CO tratta la cosiddetta *donazione a causa di morte:* essa è una donazione, la cui esecuzione è posta al momento della morte del donatore. L'indicazione alle prescrizioni delle disposizioni a causa di morte non significa che in simile donazione esista una tale disposizione. Da questa essa si differenzia per il fatto che oggetto della disposizione è il patrimonio esistente al momento della donazione e non al momento della morte del de cuius. Essa non è una disposizione successoria: gli eredi hanno l'obbligo imposto dal testatore di adempiere un diritto del donatario condizionato dal donatore. L'essenza della donazione a causa di morte vien compresa meglio con questo paragone: nella donazione fra vivi è il donatore che si priva del patrimonio donato, nella donazione a causa di morte sono invece gli eredi.

B) **Adempimento di detto onere.**

L'onere donatorio, stabilito nel contratto di donazione, crea una relazione debitoria tra donatore e donatario; l'adempimento dell'onere è quindi « condizionato » dall'adempimento della donazione, come risulta chiaramente dall'art. 246, 1 e 3 CO. La situazione giuridica è dunque la seguente: il donatore adempie la sua prestazione e possiede da questo momento un diritto d'azione, che mira all'esecuzione dell'onere.

Più complicato è il caso di una promessa di donazione, poichè qui si affaccia subito la domanda: è il donatore che deve compiere per primo la prestazione, cosicchè l'adempimento dell'onere deve solo dipendere dall'esecuzione della promessa di donazione, oppure

143) Oser e Schönenberger. - Commentario del CO.

è il diritto di esecuzione dell'onere che deve esistere solo dopo l'adempimento della donazione? Sulla risposta non si dovrebbe avere alcun dubbio: dapprima il donatore deve compiere la prestazione, in seguito può muovere un'azione d'adempimento dell'onere.

Secondo l'opinione di Schmid[144]), il diritto d'azione comincia ad esistere dal momento in cui vien imposto l'onere; si tratta però di un diritto condizionato dalla donazione. È possibile pure una deviazione da questa regola: per es. la volonta delle parti contraenti può fissare che dapprima il donatario deve scaricarsi dallo obbligo, potrà poi avere la donazione. Il cap. 2 dell'art. 246 dice che se l'esecuzione dell'onere è d'interesse pubblico l'autorità competente può richiedere, dopo la morte del donatore, l'esecuzione dell'onere. Questa prescrizione è di diritto pubblico, poichè vien dato alla competente autorità il diritto di provare il contenuto di una certa specie di clausole poste da persone private, e nel caso che esso torni a vantaggio della salute pubblica di esigerne l'adempimento con i mezzi del diritto privato. Cosa sia interesse pubblico, dovrà decidersi secondo i principi del diritto statale e amministrativo e così pure per sapere quale autorità sia competente. Difficile è inoltre conoscere quale relazione corra tra le autorità competenti e le persone contemplate nell'art. 570.1 CCS. Fintanto che il donatore vive, l'azione d'adempimento è di sua esclusiva competenza; ciò vale anche per gli oneri d'interesse pubblico. Se questo diritto di azione esiste ancora nel momento in cui il donatore muore, esso passa, in vigore dell'art. 560.1 CCS. agli eredi. Questo principio non risulta espressamente dall'art. 246.1 CO: dobbiamo però ritenere che, essendo il contenuto di questo articolo così generale, esso abbia valore giuridico là dove non venga statuita un'eccezione dalla legge[145]).

Secondo la nostra opinione, questa restrizione dell'art. 246,2, considerata da un altro punto di vista, è stata posta forse allo scopo di non creare una uguaglianza del diritto dell'autorità con quello del donatore trasmesso agli eredi. Il fatto che non si è voluto creare una totalità di creditori (Gesamtgläubigerschaft) nell'art. 246,2 CO risalta dalla concordanza del tenore dell'art. 482,1 CCS con esso. Creditori sono soltanto gli eredi; l'autorità ha solo il diritto d'esecuzione della prestazione onerosa e esercita in proprio nome, a difesa dell'interesse pubblico, un diritto creditorio altrui. Che l'art. 246,2 CO non sia stato creato per gli eredi, possiamo arguirlo dal fatto che questi, nel caso di un onere di interesse pubblico, non si preoccu-

144) Schmid Hans. - Die Schenkung nach dem ZGB. Diss. Zürich 1909.

145) Il § 525 cod. civ. tedesco, redatto letteralmente come l'art. 246,2 CCS. dice che anche l'autorità competente può richiedere l'adempimento dell'onere e lascia quindi comprendere che gli eredi del donatore hanno pure il diritto d'azione.

perebbero affatto dell'adempimento dell'onere, non avendo essi alcun interesse a questo e sarebbero perciò facilmente propensi a un accordo bonario con il gravato. Il diritto d'adempimento spettante agli eredi potrebbe, in tutti i casi, assicurare l'esecuzione dell'onere, in caso di trascuranza da parte dell'autorità [146]).

Ad ogni persona interessata non compete il diritto di richiedere l'adempimento dell'onere donatorio, contrariamente a quanto dice l'art. 482,1 CCS per l'onere successorio: in ciò sta appunto una delle differenze essenziali tra l'onere successorio e quello donatorio. Perfino colui che vien favorito dall'onere non ha nessun diritto d'azione, se però egli non possieda un diritto creditorio autonomo dal punto di vista di un contratto a favore di un terzo, che lo protegga dalla revoca della donazione (art. 249).

Procedendo, troviamo l'art. 246,3 CO il quale dice: « Il donatario può rifiutarsi di adempiere l'onere se il valore della liberalità non copre le spese dell'onere e se non gli vien riparata questa perdita ». Questo principio rappresenta una completazione della debole responsabilità del donatore. Se da una parte non lo si vuol far responsabile per i difetti dell'oggetto donato (o piuttosto lo si vuol preservare da un danno patrimoniale immeritato), d'altra parte deve esistere un interesse degno di protezione a favore del donatario gravato da un onere, il quale appunto ha concluso il contratto nella speranza, e con diritto, di poter ricavarne un guadagno [147]). Come risulta dalla regola dell'art. 246,3, l'eccezione del donatario è limitata nella sua estensione, cioè questo ultimo può solamente rifiutare l'adempimento di quella parte dell'onere che non è coperta dal valore della liberalità. Il rifiuto dell' adempimento, prescindendo dalla mancanza di copertura delle spese onerarie da parte della liberalità, non ha bisogno di appoggiarsi su omissioni di volontà (per es. errore o dolo). Anche la conoscenza del difetto reale o giuridico della dubbiosa solvibilità di un terzo debitore non leva l'efficacia giuridica dell'art. 246,3. Il donatore ha sempre la possibilità di togliere questa eccezione del donatore col coprirgli la perdita subìta. Ora può benissimo darsi il caso, che il donatario, non conoscendo la sproporzione tra il valore della donazione e l'ampiezza dell'onere, abbia già adempiuto il suo obbligo contrattuale: in questo caso egli ha allora il diritto di risarcimento per la parte dell'onere non coperta dalla donazione. Egli deve provare davanti al giudice che, se avesse conosciuto il vero stato di cose, non avrebbe agito così. Se egli, conoscendo questo stato, ha eseguito completamente l'onere

---

146) Vedi Oser e Schönenberger. - Commentario del CO, note all'art. 246.

147) Secondo il § 526 cod. civ. tedesco, il diritto del donatario di rifiutare l'adempimento dell'onere è considerato come una eccezione dilatoria la quale è efficace sia di fronte al donatore che ad una terza persona e alla pubblica autorità.

senza far valere l'eccezione spettantegli, non possiede più alcun diritto di regresso di fronte al donatore, poichè si deve ammettere che egli abbia rinunciato all'eccezione [148]).

Quanto noi ora abbiamo esposto e che riteniamo giusto e fondato, in quanto protegge il gravato da eventuali sgradevoli conseguenze, non è condiviso da Oser-Schönenberger; secondo questi commentatori, se il donatario ha adempiuto l'onere, anche non conoscendo la suddetta proporzione, non possiede più nessun diritto di regresso di fronte al donatore o un diritto di restituzione di fronte al beneficato.

Di valore decisivo per la computazione dell'ampiezza dell'onere e della donazione è certamente il momento della conclusione del contratto.

Non deve essere data occasione al donatore di speculare, in forza della misura, a conto del donatario; questo, in simile caso ha a disposizione l'eccezione dell'art. 246,3 CO contro l'intervento dell'autorità o contro un terzo beneficato.

Una ulteriore differenza essenziale tra onere donatorio e onere successorio risulta dalla considerazione dell'art. 249, cifra 3 CO. L'idea fondamentale di questa prescrizione giuridica è, nel caso che il gravato si rifiuti di adempiere l'onere posto nella donazione, di dare la possibilità al donatore o ai suoi eredi di revocare, da parte loro, il contenuto dell'onere. Se però l'adempimento da parte del donatario non avviene, il donatore può, in forza dell'articolo sopracitato, revocare la donazione e reclamare indietro il bene donato in quanto il donatario sia ancora arricchito [149]). Per l'onere successorio al contrario manca, come abbiamo visto, una tale o simile azione. Nella teoria è sorta l'opinione che il donatore non ha un diritto di revoca, ma un diritto di recesso, poichè si tratta di una ragione di scioglimento del contratto collegata a certe cause personali: in questo caso abbiamo una lesione del dovere di riconoscenza da parte del donatario verso il donatore [150]). Il non adempimento dell'onere autorizza il donatore al ritiro della donazione, se esso è ingiustificato. In ciò si mostra la differenza dal contratto bilaterale: in quest'ultimo il diritto di recesso esiste in forza dell'art. 107 CO senza riguardo ad una colpa; nella donazione gravata da un onere invece il donatario (appunto perchè la donazione deve essere la cosa principale) viene trattato più benignamente, venendo presupposto un arricchi-

148) Vedi Schmid Hans: die Schenkung im ZGB.

149) Il § 527 cod. civ. tedesco che contiene una norma pressapoco analoga, dice nel cap. 2 che il diritto di revoca del donatore è escluso, se un terzo sia autorizzato a richiedere l'adempimento dell'onere. Ciò sarebbe il caso di un contratto a favore di un terzo.

150) Vedi Becker. - Kommentar zum OR, cifra 1 e 5 all'art. 249.

mento « indebito ». Una giustificazione può anche darsi nel compieto mutamento delle condizioni, alle quali l'onere era adattato; per es. in un divorzio causatosi senza colpa del donatario, se l'idea dei contraenti era che l'onere (cura di una ragazza anormale) doveva venir adempiuto da entrambi i coniugi assieme [151]).

Lo scioglimento del contratto di donazione ha per conseguenza che la liberalità viene a trovarsi in possesso del donatario senza alcuna ragione giuridica. Costui deve perciò restituire la donazione, eventualmente l'arricchimento. Dal compimento dell'atto di irriconoscenza verso il donatore egli si trova nella posizione del successore in mala fede (art. 64, 65 CO). Ora egli, non adempiendo dolosamente l'onere, deve contare con la restituzione della liberalità. Ma poichè sembra più giusto che questa conseguenza giuridica gli venga minacciata già prima della revoca, [152]) affinchè egli, se è possibile, compia ancora il suo dovere, la responsabilità quale possessore in mala fede entra solo dopo l'ammonizione [153]).

Conformemente al diritto comune e contrariamente al diritto tedesco [154]) se l'onere non vien adempiuto, il donatario è tenuto a restituire la liberalità completa e non solamente l'importo che sarebbe stato necessario per adempiere l'onere. Questa regola è congruente, poichè esercita una specie di costrizione sul donatario; essa non è neppure ingiusta, poichè la revoca è ammissibile solo nel caso di inadempimento ingiustificato.

La regola opposta cagionerebbe uno stato giuridico pericoloso per il fatto che, per un onere, il cui adempimento non implica nessuna diminuzione patrimoniale, l'aiuto legale della regola resterebbe senza efficacia giuridica. Se il donatore sceglie, in caso di inadempimento dell'onere, la revoca, l'unica conseguenza giuridica che tocca il donatario è lo scioglimento del contratto. Quest'ultimo non deve prestare un risarcimento dei danni; ciò è comprensibile a causa della liberalità della donazione, la quale non grava il donatario, ma, anche se vi è collegato un onere, gli reca un vantaggio economico. Se dunque il donatario si rifiuta già prima dell'adempimento della donazione di eseguire l'onere impostogli e il donatore

---

151) Vedi Decis. Trib. Fed. 42, 2, 504; Pra. 5, 493 N. 200.

152) Un caso concreto lo troviamo nella donazione fatta nel 1912 dal conte Von Hallwil e da sua moglie di una ricca collezione di oggetti storici al Museo Nazionale di Zurigo. Questa donazione era gravata da parecchi oneri concernenti la sistemazione, la posizione, la scelta del locale ecc. contenente la suddetta donazione. A questa donazione era inoltre aggiunta una clausola, la quale, dato il caso che il Museo Nazionale non avrebbe più potuto adempiere simili oneri per una causa qualsiasi, stabiliva che la donazione doveva essere revocata e ceduta al Museo Storico di Berna. (Documento depositato presso l'Archivio Federale).

153) Vedi Becker, op. cit. N. 6 all'art. 249 CO.

154) Vedi § 527 cod. civ. tedesco.

di conseguenza revoca la donazione, il donatario non è tenuto a sborsare alcun risarcimento anche per azioni preparatorie che il revocante ha intrapreso inutilmente. Un obbligo di risarcimento per inadempimento doloso o per adempimento inopportuno esiste solo nel caso che la donazione non venga revocata. Abbiamo inoltre il comportamento ingiustificato nel senso dell'art. 249, cifra 3 CO quando il donatario, condannato per via giudiziaria all'adempimento dell'onere, non abbia eseguito quest'obbligo o solo in parte prima della scadenza del termine impostogli. La stessa cosa vale per il donatario rimasto in mora, sia che si tratti di un ritardo completo o meno della prestazione. La restituzione della donazione al donatore non è ammissibile nel caso che, per circostanze delle quali il donatario non è responsabile, la sua prestazione d'onere sia divenuta impossibile (art. 119 CO).

Dopo questa considerazione sopra l'onere donatorio, vogliamo in poche righe riassumere il carattere diverso dei due istituti giuridici.

Quale qualità differenziativa puramente estrinseca è da considerarsi il fatto che l'onere donatorio rappresenta l'opposto dei negozi a titolo oneroso, mentre l'onere successorio è l'opposto del legato. Il divarico rimarchevole esistente tra i due istituti sta tuttavia nel fatto che l'onere donatorio crea un diritto essenzialmente creditorio nel senso del rapporto d'obbligazione (Schuldverhältnis), mentre l'onere successorio crea un diritto che si riduce a una pura formale competenza, poichè secondo l'art. 482 CCS, deve esistere un momento soggettivo, cioè un proprio interesse all'adempimento dell'onere: non vien quindi, in questo caso, creata alcuna relazione creditoria.

Finito di stampare dalle
Arti grafiche Grassi & Co., Lugano-Bellinzona
il 5 aprile 1941

ARTI GRAFICHE GRASSI & Co., S. A. LUGANO-BELLINZONA